

THEORIA

DO

PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

PROGRAMMA
DO
CURSO DE PROCESSO CIVIL
OU
APONTAMENTOS
PARA AS
LIÇÕES DA 3.^a CADEIRA DO 4.^o ANNO
DA
FACULDADE DE DIREITO DE S. PAULO
PELO RESPECTIVO PROFESSOR
Dr. João Monteiro
III VOLUME
DO PROCESSO ORDINARIO
2.^a PARTE
DOS SEUS INCIDENTES

S. PAULO
TYPOGRAPHIA DA INDUSTRIAL DE S. PAULO
1901

PARTE ESPECIAL

DO PROCESSO ORDINARIO

2.^a PARTE

PARTE ESPECIAL

DO PROCESSO ORDINARIO

TITULO I

Formulas Geraes do Processo

(Continuação)

CAPITULO VII

Das allegações finaes

§ 184

Razão de ordem

Decorrida a dilação de que se falla no § 119, segue-se o *lançamento das provas* ⁽¹⁾; e na mesma audiencia em que, a requerimento de qualquer das partes, se der a dilação por finda, se assignará a cada uma dellas o termo de dez dias para que digam afinal sobre a causa, arrazoando em primeiro logar o auctor e depois o reo ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Este lançamento da producção de mais provas só abrange, como se depreheende do exposto no § 120, a *prova da terra*; a *prova de fóra da terra*, desde que por ella se

protestou dentro na dilação, pode ser juncta aos mesmos autos mesmo quando chegue fóra do termo probatorio, e até com as allegações finaes.

(²) Se houver litisconsortes, arrazoarão todos por um só advogado dentro no mesmo termo — Reg. n. 737 de 1850, art. 227.

O assistente arrazoará conjuntamente com a parte a quem assistir — cit. Reg. art. 228.

O oppoente terá termo distincto cit. Reg. art. 229.

A proposito deste ultimo termo, parece que Orlando (nt. 157 ao cit. art. 229) se equivocou ao ensinar que *contrario* era o processo da Ord. L. 3.º tit. 20 § 41. Não era, nem podia ser. O que a Ord. dispunha era que cada uma das partes — auctor, reo ou oppoente — não viesse com mais de um arrazoado no caso em que tivesse *dous ou mais procuradores*; regra que no mesmo § 41 era reproduzida a proposito do assistente, para tal effeito equiparado a litisconsorte respectivamente ao litigante por quem assistisse. Mas a Ord. não podia dispôr que o oppoente arrazoasse conjuntamente com o auctor ou o reo: seria baralhar posições antagonicas, com manifesta preterição da logica judiciaria.

A regra deve ser a que assim formulámos no art. 768 do *Projeto do Cod. do Proc. civ.*: “Afinal arrazoará primeiro o oppoente, e depois e successivamente o auctor e o reo” mera reprodução do art. 122 do Reg. n. 737.

“Sendo muitos os oppoentes, o que appareceu por ultimo arrazoará em primeiro lugar, depois o penultimo, e assim os mais, arrazoando depois o auctor o reo” — cit. Projeto art. 769.

§ 185

Definição

Definimos as *allegações* ou *razões finaes* — a *dissertação em que cada litigante explica o facto e o direito applicavel, sustentando as respectivas pretensões com argumentos fundados na prova dos autos e nas disposições da lei* (¹).

(¹) Velha é a qualificação de *dissertação jurídica* dada às *allegações finaes*, como se vê de Boehmero, *ad Decret.* L. 2.º tit. 20 § 44, que também as chamava *disputationes*; de Maranta, *de Ordin. jud.*, p. 6 act. 16 n. I, e outros.

Pereira e Souza, § CCLXIX, synthetisou correctamente a noção formal das *allegações finaes*: *é a dissertação jurídica feita em Juízo para a defesa da causa*.

Conc. Paula Baptista, § 175; Moraes Carvalho, § 647; Souza Pinto, § 741: “Allegação final é a dissertação jurídica, que contem a fiel e coordenada exposição do facto, corroborada com a prova dos autos e com a applicação do direito respectivo”.

Vid. Ramalho, *Practica*, I, XVIII, § 1.º e Vanguerve, *Prat. Judic.*, I, 38 e 64, II, 22.

§ 186

Feição scientifica das RAZÕES FINAES

Buscando as fontes historicas das nossas *allegações* ou *razões finaes*, como as prescreviam as Ords. Manoelinas do L. 3.º tit. 15 § 14 e L. 1.º tit. 38 § 32, e as mantem a Ord. Philippina do L. 3.º tit. 20 §§ 40 a 42, vamos achal-as no direito canonico, como liberal correctivo do reprovado systema do processo inquisitorial ou secreto.

Com effeito, sabido é que, no processo antigo, as testemunhas, constituintes da forma geral da prova, eram inquiridas em segredo, por inquiridor, que disso tinha incumbencia especial. A’ inquirição não assistia nem a propria parte contra quem eram as testemunhas produzidas. Sentiu-se então a necessidade de posteriormente se ouvir a defesa da parte, o que tinha lugar depois de *publicados os testemunhos*. Dahi a regra das Decretaes, const. 15 *de testib.*: *Super dictis testium, cum fuerint publicata, publice potest disputari*. Nestas *disputationes*

assentam os praticos a origem das allegações escriptas, que pelo systema das Ords. vieram ter o logar que hoje occupam na marcha formal do processo, e com a extensão que ora se lhes assigna ⁽¹⁾. De um lado, o dogma politico da publicidade dos actos processuaes ⁽²⁾, do outro, o principio geral de maxima amplitude na discussão e, portanto, na defesa dos direitos litigiosos — taes são os fundamentos theoricos das citadas Ords.

Na lettra do já citado § 40, *não consentirão os julgadores ás partes, nem a seus procuradores, que razoem mais que cada um uma vez, de maneira que em umas sós razões digam por cada uma das partes o que lhes parecer, assim em final, como em qualquer outra coisa, sobre que podem razoar por bem de nossas Ordenações; nem lhes consentirão razoar por palavra, salvo se o feito houver de ser visto em Relação, e a Nós ou aos Desembargadores, que o houverem de julgar, parecer que devem ser ouvidos por palavra em alguns casos, ou duvidas especiaes. E então não dirão coisa alguma do que tiverem já dito por escripto nesse mesmo feito. E não se ouvirá em tal caso um Procurador sem outro.*

Eis ahi: dirão as partes *o que lhes parecer em final*, e, salvo em casos especiaes, o dirão *por escripto*, não por palavra ⁽³⁾. Nestas allegações tem o advogado occasião de analysar o feito em todas as suas partes, *vendo tudo o que*, como se exprime Vanguerve ⁽⁴⁾, *faz a bem da Justiça de seu constituinte, tanto do facto articulado, quanto do direito, em que fundou sua acção ou defesa.*

⁽¹⁾ Tal é a razão porque os antigos auctores iniciam o estudo deste ponto com positiva referencia á abertura e publicação das inquirições; v. g.: Lobão, *Seg. Linh.* N. 548 n. 1, Vanguerve, I, 19 n. 1; Gomes, *Man. Prat.*, I, XI, 4.

(²) A Constituição de 1824 tinha expressamente mandado que, nas causas crimes, fossem publicos a inquirição, das testemunhas e todos os mais actos do processo, depois da pronuncia — art. 159; a *Disposição Provisoria acerca da administração da Justiça Civil* estendeu o systema da publicidade da inquirição ás causas civis, mandando que as testemunhas fossem inquiridas pelas partes que as produzissem e pelas partes contrarias, na forma dos arts. 262 e 264 Cod. Proc. Crim., que regulára o citado preceito constitucional.

(³) A defesa escripta, qual a que ora nos occupa, não é geralmente admittida nas legislações estrangeiras. Por exemplo:

No processo civil romano, já no tempo em que a instancia se firmava pela *in jus vocatio*, com ou sem o possível incidente do *vadimonium*, como depois que Marco Aurelio estabeleceu a *litis denuntiatio*, qual meio mais expedito e commodo de introduzir a lide, quasi nenhuma, quer no processo *in jure* como no *in judicio*, era a parte escripta do feito. Pedida verbalmente a formula pelo auctor (*actionis editio*), ou o reo oppunha immediatamente a defesa que tivesse, ou, prestada a *summa vadimonii*, requeria termo para reflectir sobre o procedimento a seguir, e findo elle, se defendia como no primeiro caso. *In jure*, isto é, no periodo que os romanistas collocam entre o *actionem edere* e o *judicium accipere*, firmavam as partes as respectivas proposições contradictorias, que o pretor se limitava a lançar na formula; periodo esse que se escoava sem lucta, sem debate, apenas preparatorio do *judicium* — Keller, pag. 223 — para o qual, de escripto, não ia mais do que a *formula*, isto é, a *actio*, si por ventura não a denegasse o pretor. O *patronus*, que tambem se chamava *orator*, defendia o respectivo constituinte unicamente *ex oratione* ou *postulatione*. *Orare* ou *postulare* eram expressões indicativas do complexo das funcções da advocacia. *In judicio* outra não era a funcção dos *defensores* e *advocati*. Perante o *judex*, o *arbiter* ou os *recuperatores*, era por meio da palavra fallada (*oratio*, *peroratio*) que elles discutiam, de facto e de direito, todos os pontos da formula sujeita á decisão do juiz. Si havia provas a dar, eram estas produzidas depois do debate oral, ou mesmo intercaladas entre as *orationes* ou durante estas. As testemunhas eram inquiridas pelo res-

pectivo productor e reinquiridas pela parte contraria, e os depoimentos sujeitos às *altercationes* dos advogados — Quintil., V. 7, 10 e segg.; VI, 4. A mesma sentença era pronunciada verbalmente, sem dependencia de *solemnia verba* nem de exposição de motivos — const. 1.^a de sent. ex peric. (VII, 44); fr. 59 de re jud. (XLII, I).

Ao tempo da *extraordinaria cognitio* menos se podia conceber a formula das allegações escriptas. Introduzida a *cognitio extraordinaria* para prover de prompto remedio as relações de direito, certas e determinadas, incomprehendidas nas *formulae*, e que por isso mesmo caiam sob a *cognitio* do magistrado, não devia o respectivo processo comportar extensão maior ou mais formalidades do que o processo ordinario. Não havendo nelle nem *formula*, nem *litiscontestatio* propriamente dita, tudo se limitava á exposição que os dous litigantes formulavam oralmente na audiencia inicial da causa.

No direito dos modernos povos mais conhecidos tambem domina systema differente do nosso.

No direito francez a regra é a do art. 95 Cod. Proc. civ.: *Si une affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur plaidoirie ou délibéré, le tribunal ordonnera qu'elle sera instruite par écrit, pour en être fait rapport par l'un des juges nommés par le jugement.* Portanto, só excepcionalmente é licito ás partes o uso de allegações escriptas. Suppõe-se, diz Boitard ao cit. art., uma causa muito complicada de cifras, uma questão de contas, ou um processo consistente em approximação ou comparação de titulos, como em questão de genealogia. O debate oral deixaria apenas traços fugitivos no espirito dos juizes, que de modo mais seguro se esclarecerão pelo exame das peças e das escripturas. *Quant aux affaires sommaires, accroissent o mesmo jurisconsulto, je crois qu'elles ne peuvent donner lieu à une instruction par écrit — Leç. de Proc. civ., I p. 183 i. f. — vj. Carré, Proc. civ., I p. 538.*

Tambem oral é no direito italiano a final discussão da causa, feita em audiencia — Cod. Proc. civ., art. 350. Assim ainda se dispõe no art. 84 e segs. do celebre Cod. Proc. civ. do Cantão de Genebra, a cujo respeito se pronuncia deste modo o seu auctor, o eminente Bellot: *“La plaidoirie orale, si éminemment propre de sa nature aux débats judiciaires, est une conséquence nécessaire de la publicité de*

la procédure. En vain le jugement serait-il prononcé publiquement, il n'y a, pour les assistants, aucun moyen d'en apprécier le bien, le mal jugé; il n'y a pas véritable publicité, si la cause a été exposée par écrit, si cette lutte, d'ou jaillit la vérité, a lieu entre les parties, hors de l'audience, dans des mémoires remis aux Juges, à moins que ces mémoires n'acquièrent par l'impression une publicité qui supplée celle de l'audience, ce que peu de causes comportent". O

Cod. Proc. civ. alemão assim dispõe no art. 119: O debate entre as partes, sobre a contestação perante o tribunal que conhece da causa, é um debate oral. "O código repudia dest'arte o systema da instrução escripta, até então seguido no processo civil alemão commun e na lei prussiana." Glasson e Lederlin, nt. á trad. franc. daquelle código, pag. 53.

Com o nosso direito concorda o Cod. Proc. civ. port., art. 400: Finda a inquirição das testemunhas, será o processo continuado por quinze dias ao advogado de cada uma das partes, para allegar por escripto.

Dos dous systemas, qual é melhor? Parece que o nosso, não obstante o brilho das linhas de Bellot acima transcriptas; mas também optimo seria o que reunisse os dous. Melhor é arrazoar por escripto porque, mesmo quando não fosse certo que *verba volant* mas *scripta manent*, incontestavel é que nas allegações escriptas não só tem o advogado mais firme terreno por onde possa scientificamente tocar e desenvolver os pontos cardinaes da causa, como encontra o juiz mais onde firmar com melhor estudo os motivos da decisão a prolatar. Optimo, porém, seria admittir também o debate oral porque, si *verba volant*, não passam ellas sem imprimir no espirito do ouvinte, quando proferidas por quem saiba honrar a advocacia intelligente e correcta, sufficiente impressão, capaz de illidir as duvidas que por ventura tivessem resistido á leitura das razões escriptas.

Será sempre de temer a indomavel loquacidade do advogado redundantemente palrador? Mas contra a *eloquii currente rota*, de que fallava o poeta latino, já na *Exposição de motivos ao Cod. Proc. Crim. do Estado de S. Paulo*, pag. 23, apontámos o remedio: limitar o tempo da oração. Como ali dissemos — a ampulheta mostrará ao juiz o momento de repetir com Plauto: *Ohe! jam satis est...* Ou por ventura se teme o prestigio da eloquencia, como no

Antigo Egypto, onde, por esse motivo, só eram admittidas allegações escriptas? — C. Cantu, *Hist. Univ.*, vers. de A. Ennes, vol. 1.º pag. 484.

De resto, quanto juiz ha que não lê as allegações dos advogados; de um já ouvimos mesmo disso se jactar!

Dirão ainda que tambem póde o juiz propositalmente se fazer surdo á oração dos advogados ?

Mas então, o unico remedio seria reformar absolutamente a magistratura, e de tal arte, que nunca mais houvesse juizes como aquelle de que falla Warée, nas suas *Curiosités judiciaires*, p. 483:

— Huissiers, qu'on fasse silence,
Dit en tenant audience
Un president de Bangé.
C'est un bruit à tête fendre;
Nous avons déjà jugé
Dix causes sans les entendre.

(⁴) Obr. cit. I, LXIV, 2.

§ 187

Feição formal das RAZÕES FINAES

Difficil, sinão impossivel, seria traçar preceitos applicaveis em todos os casos ou todas as causas relativamente á maneira de escrever as allegações finaes. Mil circumstancias, de mutabilidade infinita, podem determinar indefiniveis variantes: a maior ou menor importancia da causa, medida, não por seu valor economico, mas pela sua difficuldade quanto ao facto ou quanto ao direito ou a um e outro(¹); a educação litteraria que o advogado tenha dado ao proprio espirito (²); mesmo a indole ou a tendencia moral e intellectual do juiz para quem se escreve(³) — eis outras tantas particularidades ou dependencias a que estará presa a direcção ou feitio desta peça do processo.

Entretanto, não só a lei como a theoria geral do

direito judiciario delinearão algumas regras fundamentaes, que Pereira e Souza aponta em sua Not. 554, e nunca deverão ser desprezadas. Eis aqui algumas:

I. Primeiro que tudo, si o advogado tem algum requerimento a fazer em bem da ordem do processo, não deve por isso deixar de arrazoar a causa, mas *o que lhe cumpre é inscrever seus requerimentos no começo das allegações, aos quaes dá o juiz o deferimento de direito, quando os autos sobem á sua conclusão final*⁽⁴⁾. Aliás, não lhe será dado outro termo para arrazoar ⁽⁵⁾.

II. Si as partes dispozerem de algum documento obtido depois de finda a dilação ou que versar sobre questões que de novo tenham occorrido, poderão juncal-o com as allegações finais ⁽⁶⁾.

III. Quanto ao methodo logico a observar na feitura da dissertação, bem explora o assumpto o citado Pereira e Souza na N. 554. Para ali nos limitamos a remetter os estudiosos, com esta admoestação final: que aquelles conselhos não sejam tomados em absoluto. Tudo tem o seu logar e propriedade. Si a erudição incabida e indigesta é em regra prejudicial á causa e aos credits profissionaes do advogado, todo trabalho appropriadamente erudito haverá sempre de honrar o fôro, e noventa vezes sobre cem dará victoria ao respectivo productur. Si é escusada a supersticiosa observancia do culto antigamente prestado ás maximas de Quintiliano e aos preceitos de Horacio, lembrados por Lobão áquella nota de Souza, furtemo-nos todavia de lhes fechar de todo os olhos, apavorados do receio de cançar ou tediá os juizes. Tanto peor para elles, si em tal desgraça se photographar a magistratura do paiz Demosthenes, o principe dos hellenos advogados, illuminou o fôro grego associando, em suas immor-

taes orações, o *floreo despotismo da phantasia*, no dizer de Latino Coelho, á *realidade austera do mundo objectivo*. Nem a *corrente rota*, que estraga os argumentos, em vez de fertilisar a causa, nem a stáse litteraria, que anesthesia o direito, em vez de o pôr em estado de energia defensiva. Em uma palavra: seja sempre erudito quem o souber correctamente ser; escreva tão pouco quanto possível, e quanto menos, melhor, quem só desordenadamente souber se emmaranhar nos difficeis meandros da erudição forense ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Não deve nunca o advogado medir a importancia da causa só pelo valor monetario della. O sentimento juridico, que, em seu constituinte, elle defende, não é mais ou menos energico porque seja maior ou menor a numeração material do direito em litigio. Com a sua proverbial lucidez juridica, o eminente Ihering, como já fizemos ver, mostra quanto as mais das vezes o interesse ligado á causa está longe de se proporcionar ao respectivo valor pecuniario. Ninguém certamente, diz elle, despenderá dous francos para rechar um, que perdeu. Mas porque, em se tratando de processo, já não é assim que cada qual calcula? porque, a quem observar que as despesas do processo ultrapassarão o ganho a retirar, responde o litigante com maior encarniçamento na luta? porque, ao juiz que o procura desviar da demanda, fazendo ver quanto esta é incerta, retruca elle que demandará custe o que custar? Eis a resposta do insigne auctor do *Combate pelo Direito*: *On ne fait pas le procès pour la valeur futile de l'objet, mais pour cette raison idéale: la défense de la personne et de son sentiment du droit* — trad. de Meulenaere, pag. II.

Neste fôro, defendemos, em 1884, o direito do Dr. Joaquim Carlos Bernardino e Silva em causa do valor de dous mil e seiscentos réis, caprichosamente contra elle intentada por Lourenço de tal. Só a nossa honoraria foi igual a quatrocentas vezes aquelle valor. E talvez nunca com mais solicitude e amor profissional escrevemos mais estudada dissertação juridica.

⁽²⁾ Isto está na consciencia de quem quer que esteja na altura de comprehender o valor das letras, na austeridade

logica da sciencia, como na amena liberdade da litteratura em geral. Como impôr preceitos aprioristicos sobre a maneira de escrever dissertações juridicas, si tanto mais brilhante será este ou aquelle fôro quanto mais advogados nelle houver e mais litterariamente cultos forem elles? Prefere este o sobrio estylo das syntheses, exclusivamente apoiadas no texto concreto da lei e na núa prova da causa, qual está graphada nos autos? mas então como lhe dar conselhos em contrario? Educou aquelle outro o seu espirito de jurisconsulto na festiva variedade dos conhecimentos litterarios? tem elle de cór os poetas das antiguidades romanas: prefere definir o casamento com Lucano, na *Pharsalia* —

..... Venerisque huic maximus usus Progenies;
Urbi pater est. Urbique maritus —

a reproduzir o Digesto: *Viri liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt*; parece-lhe mais feliz dizer com Plauto — *Fides servanda est*, do que copiar simplesmente leis e compendios para assegurar que o contracto é um *vinculum juris*? como então procusteal-o nas estreitas linhas de uma synthese impropria? Fossem dizer a João Chrispiniano que se desataviasse daquellas esplendidas louçanias do seu flórido estylo forense, e a litteratura juridica patria não contaria aquella obra prima com que a enriqueceram os trabalhos do famoso jurisconsulto na *Questão Mauá*.

(^c) E' litterato o juiz? dê-lhe o advogado dissertações eruditas. Tem elle horror a tudo quanto, no dizer de Cogliolo, não cheirar á poeira da rabulice de cartório? faça-se-lhe o gosto. Para que preambulos, si o juiz tiver feito saber que pensa com Seneca (Epist. 94): *nihil videri frigidus, nihil ineptius, quam legem cum prologo*? Pouco e duro — é como elle quer.

(^d) Souza Pinto, § 752; Ord. III, 20, 42 e 43.

(^e) Reg. n. 737 de 1850, arts. 226 e 716.

(^f) *id.*, art. 225. Si é o reo quem junta documentos com as allegações finaes, dá-se vista ao auctor para dizer sobre elles — Lobão a Souza, N. 552 n. 5. Nem o reo poderá evitar esta nova audiencia do auctor requerendo juntada de seus documentos para que arrazõe desde logo com elles á vista; e se o fizer, e a Parte requerer, devem-se tirar dos autos; porque como a Ordenação manda dar vista dos pa-

peis, que offerece a parte que razoa em ultimo logar, para que o que razoou primeiro possa dizer sobre elles, ficava-se por aquelle modo encontrando-se a dita disposição, e quasi indefeso o que primeiro disse, pois não sabe como a parte ha de applicar os ditos papeis, e como os ha de ponderar; assim o julgámos no Senado, et iterum se tornou a julgar em outra causa — Vid. o cit. Lobão, Nt. 554 n. 4.

(¹) E sobretudo que não seja sophista, pois que este, como definia Aristoteles, é aquelle que faz da sabedoria apparente e não real, uma rendosa mercancia — Latino Coelho, *Oração da Corôa*, p. CXCI. Raciocínios frívolos e sophismas já os flagellava a Lei de 18 de Agosto, denominada da *Boa Razão*.

— “Advirta o advogado, que não pode ajuntar pareceres, nem minutas, ou razões de outrem, e somente as suas — Ord. lib. 3. tit. 20. § 41. E nem ao advogado lhe estava decorosa similhante cousa: e quando se não fie na sua jurisprudencia, ou a parte lhe trazer minutas de outro jurisconsulto, pode trasladal-as accrescentadas com as suas, tudo em um concreto; em forma que tudo sejam umas razões.” Gomes, *Man. Prat.*, I, XII n. 18.

CAPITULO VIII

Da Sentença

SECÇÃO PRELIMINAR

Da Conclusão

§ 188

O que seja; seus effeitos

Produzidas as razões finais, segue-se a *conclusão da causa*, que é preliminar da sentença, e se define *o acto pelo qual a causa fica sujeita á decisão do*

juiz⁽¹⁾. Só se consumma depois que o escrivão faz effectiva entrega dos autos ao juiz, não bastando o *termo de conclusão* enquanto permanecem os mesmos autos em cartorio ⁽²⁾.

E porque, com a *conclusão*, ficam definitivamente encerrados os dous primeiros dos quatro momentos do processo referidos no § 73 — o ordinatorio e o probatorio — produz ella os seguintes effeitos:

- 1.º) Tolher ás partes a producção de mais provas ⁽³⁾;
- 2.º) Impedir que deduzam ellas novas allegações, quer de facto quer de direito ⁽⁴⁾;
- 3.º) Não poder ser aberta ou interrompida ⁽⁵⁾.

(¹) —A conclusão é o acto, define Pereira e Souza, § CCLXXIV, pelo qual a causa se sujeita *ao conhecimento* do juiz — e cita as Ords L. 1.º tit. 84 § 28 e L. 3.º tit. 1.º § 15. A mesma definição é dada por outros escriptores, como Nazareth, § 470, Souza Pinto, § 1011, Moraes Carvalho, § 658.

Mas taes escriptores não notaram, que a característica da conclusão não é sujeitar a causa simplesmente ao conhecimento do juiz, sinão principalmente á sua decisão. Desde que o auctor offerece o libello, começa o juiz a tomar conhecimento da causa — Ord. III, 20 § 5.º

Quanto ás Ords. citadas, em nada apoiam aquella falsa noção.

Eis porque Ramalho, I, XIX, I, ao termo *conhecimento* accrescentou *e decisão*.

Mas como é esta ultima a idéa fundamental da conclusão, a ella limitámos a definição do nosso texto. O conhecimento é apenas meio. O proprio Pereira e Souza o reconhece no final da sua nota ao cit. §.

(²) Mendes *in Prax.*, I, III, cap. 16, n. 3. Vid. Cabedo, *Decis.*, p. 1.ª dec. 181, em que se apontam a origem e motivos das palavras *em mão do escrivão*.

(³) Vanguerve, I, XX n. 5.

(⁴) Id.. n. 6.

Nestes dous effeitos basearam Valeron., *de Trans.*, T. 2 Q. 4 n. 51, e Stryk., vol. 7 Disp. 17 c. 2, as suas definições.

Define aquelle: *Conclusio in causa denotat extremitatem litis, et ultimum ejus terminum, quo probationum, omniumque defensionum copia finita est stricto jure, eisque a partibus per conclusionem causa renuntiatum*; e este: *Hæc conclusio nihil aliud est, quam renuntiatio ulterioris deductionis, ubi Partes semet ad sententiam ferendam submitunt*.

Por isso é que Pereira e Souza se limita a dizer, no § CCLXXVI, que o effeito da conclusão *é impôr silencio ás partes para ouvirem a sentença* — o que Silva, *ad Ord. L. 3.º* tit. 20 § 30 n. I tinha assim formulado: *Causa conclusa regulariter nulla probatio admittitur, nec partes audiuntur, quamvis jurejurando affirmant, se novam rationem habere*.

(⁵) Entretanto, não podia esta regra ser invariavel ou absoluta sem frequente prejuizo da pesquisa da verdade, e, portanto, da justiça. Por isso soffre ella as duas seguintes classes de limitações.

I. Com relação ao juiz, que nestes casos pode abrir a conclusão:

a) Para melhor se inteirar da verdade, mandando proceder a qualquer diligencia que se lhe afigure apropriada áquelle fim — Vanguerve, loc. cit. n. 10. E a razão é porque, como diz Valasco, *Consult. 43 n. 14: judicem hoc facere posse, quia ipse nunquam concluditur in causa, l. 3. § 1. ff. de testib., et judex de propositis in judicio potest etiam nemine petente interrogare partes, ad eruendam veritatem, non solum ante conclusionem in causa, quod non est dubium, sed etiam post*. Vid. ainda a Ord. III, 66 pr. *in verb.* Porém se o julgador &.

b) Para *prover ácerca de algumas cousas, que lhe forem advertidas pelos advogados, que façam a bem da causa* — cit. Vanguerve, n. 12, sobre Mendes a Castro, liv. 3 cap. 16 n. 2 p. 1.

II. A requerimento das partes:

a) Para se junctar documento ou razão que appareceu depois da conclusão — Ord. III, 20, 30; Mendes a Castro, loc. cit., Lobão, Nt. 555-559 n. 11.

b) Para se promover á habilitação dos herdeiros de alguma das partes, fallecida durante a conclusão — Ord. III. 27, 2. Todavia, como diz Lobão sobre Strykio, Vol. 12 Disp. 24 c. 2 n. 37, “si o juiz, ignorante da morte de

algum litigante, sentencea a causa contra elle, é valida a sentença”.

Ramalho, loc. cit., enumera varios casos, de uma e outra daquellas classes, nos quaes se abre a conclusão; mas todos elles estão compendiados em algum dos quatro que acima deixámos mencionados.

— Muito bom é neste ponto o Cod. Proc. civ. da Republica do Uruguay, cujo art. 605 resume perfeitamente a materia. “Despues del decreto de conclusion de la causa, quedará cerrada toda discusion; no podrán admitirse alegatos escritos, ni verbales, ni producirse mas pruebas ni aun por medio de posiciones, salvo las que el juez creyere oportunas para mejor proveer ó que la parte defiera al juramento decisorio de su contra parte y la instrumental en el caso del art. 374”.

O art. 374 dispõe: “Los instrumentos de cualquiera clase, pueden presentarse en cualquier estado de la causa hasta la citacion para sentencia, justificando en forma breve y sumaria, haberlos obtenido ó hallado recientemente”.

ARTIGO I

Noções geraes de sentença

§ 189

Delimitação do assumpto

A palavra *sentença* tem varias significações, cada qual patente dos respectivos synonymos: *conselho*, *juizo*, *parecer*, *voto*, *maxima*, *vontade*, *julgamento*, e outros. Qualquer dellas pode muito distar das outras ⁽¹⁾.

Tambem no direito judiciario, segundo tomarmos aquelle vocabulo em sua mais larga significação ou em algum dos seus aspectos particulares, mais de um sentido se lhe pode ligar. Em geral, *sentença*, que pode equivaler a *julgamento*, designa, na licção do profundo Garsonnet ⁽²⁾, quaesquer pronunciações

da auctoridade judiciaria: não só os actos que, mediante a forma ordinaria das instancias, resolvem contestações *inter litigantes*, mas ainda os que se limitam a ordenar o curso da acção, independentemente do fundo da demanda, ou os que tão somente provêm a diligencias ou providencias proprias da vigilancia judiciaria. Já o nosso Mello Freire havia ensinado que — *Hodie quævis judicis pronuntiatio, sententia dicitur* ⁽³⁾. E assim se exprimia o sabio jurisconsulto para accrescentar, em contraposição, que *jure romano* INTERLOCUTIO, *quæ nec condemnat, nec absolvit*, DECRETUM *vel mandatum, non sententia vocatur* ⁽⁴⁾.

Mas o que nos convem, no ponto do processo civil ordinario a que chegámos, e deixando de parte as varias significações da palavra *sentença* e as divisões a que as sentenças andam sujeitas no direito estrangeiro ⁽⁵⁾ e no nosso ⁽⁶⁾, é fixar o sentido em que ora tomamos aquelle vocabulo.

Vimos no § anterior, que a *conclusão* dos autos fecha definitivamente os dous primeiros dos quatro momentos principaes do processo, referidos no § 73. Instruida a causa pela ordenação da demanda e pela prova das pretensões em litigio; desembaraçada de quaesquer incidentes que tolham a sua definitiva resolução; esclarecido o espirito do julgador tão sufficientemente, que lhe não seja mais preciso abrir a conclusão para colher novas informações do facto — só resta ao juiz fazer a applicação do direito á especie, para decretar que a relação juridica litigiosa se firme estavelmente no vencedor. Eis porque o art. 231 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 manda que o juiz decida a causa logo que esta se ache em estado de ser decidida, e assim lhe pareça.

Esse decreto, por cuja força o juiz resolve a de-

manda, e declara definitivamente de quem é, si do auctor ou si do reo, a relação de direito litigiosa, é o que se chama *sentença definitiva*; e desta é que ora exclusivamente nos occupamos, sem embargo de haverem o grande Mello e quantos mais lhe seguem os traços, e são quasi todos os nossos escriptores, confundido essa com as chamadas sentenças interlocutorias ⁽⁷⁾.

Fixada assim a accepção em que aqui se estuda a *sentença*, podemos construir a respectiva definição e lhe estudar os requisitos e effeitos.

(¹) V. g.: o *stat sententia*, de Ovidio: está assim decidido ou determinado — guarda idéa differente da que se contem no *Sententia est*, de Cicero: tenho tal intenção, é designio meu. A biblica *sentença* de Salomão nada tem de commum com qualquer das *sentenças* de Seneca ou do nosso Marquez de Maricá. Entre *juiz* e *homem sentencioso* ha tanta dissimilhança quanta a que separa a realidade da illusão.

(²) *Préc. de Proc. civ.* n. 563.

(³) *Instit.*, IV, XXI, I.

(⁴) A razão era porque, tanto no antigo como no moderno direito romano, na sentença sempre se punha a conclusão derradeira do juizo, isto é, toda e qualquer *pronuntiatio judicis* concluia ou pela condemnação a certa *pecunia*, ou por uma *adjudicatio*, ou por absolvição. Por isso toda formula rematava pelas palavras — *Si paret, condemna; si non paret, absolve* — Gaio, *Inst.*, IV, 49-52; e tambem por isso é que no fr. 1 *de re jud.* (XLII, I), depois de ter dito que *res judicata dicitur qua finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit*, Modestino accrescentou: *quod vel condemnatione, vel absolutione contingit*. Daqui veio a const. 3.^a *de sentent.* (VII, 45): *Præses Provinciæ non ignorat definitivam sententiam; quæ condemnationem vel absolutionem non continet, PRO JUSTA NON HABERI*. As outras pronunciações das auctoridades judicarias — a *interlocutio* e o *jussus* — diversificavam da *sententia*, como se vê de varias passagens do Digesto *de re judicata* (XLII, I) e do Codice *de sententiis*. Assim o juiz, como ensina Saredo, *Proc. civ.*, I, 620, podia pronunciar que a *intentio* era justificada, decidir *rem actoris*

esse ou *non esse*, ordenar uma restituição, uma exibição, um *mandatum actionis*, uma caução; mas qualquer de taes decisões não fazia senão preparar a sentença propriamente dita — não era *sententia*.

Dissemos, poucas linhas acima, que *res judicata* tambem se diz da *sententia* eis que é proferida, condemnando ou absolvendo. Si é certo que, como se verá nos §§ 235-237, aquella locução é mais technicamente empregada para significar a sentença de que já não ha recurso, e até, segundo Maynz, *Dr. Rom.*, I § 155, para se distinguir de *sententia* como julgamento em geral, não o é menos, como reconhece o proprio Maynz na not. 1.^a ao citado §, que algumas vezes a palavra *res judicata* tambem comprehende as decisões appellaveis. Nem de outro modo se pode interpretar o fr. 7 de *transac.* (II, 15), segundo o qual é licito ás partes transigir ainda *post rem judicatam*. Si *res judicata* significasse somente sentença irrecorrivel ou que *passou em julgado*, aquelle texto não teria significação possivel, já que sobre tal sentença não é licito concluir transacção alguma, consoante outro texto positivamente claro: *De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus: post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest* — Paulo, *Sent.*, I, 5 — Vide *infra* § 247.

Resumindo em uma formula o systema romano, poderemos dizer que—*sententia* presuppõe uma *litiscontestatio*, com a qual se deve invariavelmente conformar; qualquer acto decisorio do juiz, que não se prender á *litiscontestatio*, não se chamará *sententia*.

(⁵) V. g. o Codigo do Processo civil italiano, cujo art. 50 distingue os *decretos*, que são os provimentos da auctoridade judiciaria sobre provocação de uma parte sem citação da outra, e a ella entregues em original mediante registro, e as *ordenanças*, que são os provimentos determinados pelos presidentes, pelos juizes delegados, pelos pretores ou pelos conciliadores, em forma de processo, a requerimento de parte, com citação da outra, ou *ex officio*. Daqui se segue, que as outras decisões judiciais é que têm o nome propriamente de *sentenças*.

Tambem no Cod. Proc. civ. francez vária é a nomenclatura das decisões ou provimentos judiciaes: *jugements*, *arrêts*, *ordonnances*, *sentences*.

Jugements são as decisões emanadas dos tribunais inferiores, quer dizer: juizes de paz, tribunais de districto (*arrondissement*) e tribunais de commercio.

Arrêts são as decisões emanadas das côrtes de appellação e da côrte de cassação.

Ordonnances são as decisões proferidas, não sobre o merito da demanda e pelo tribunal completo, mas pelo presidente de um tribunal ou por um juiz especialmente determinado, no intuito, em geral, de tomar certas medidas provisórias e de urgencia.

Sentences são as decisões dos arbitros — Vid. Boitard, *Proc. Civ.*, n. 240.

Todavia, a palavra *jugement* designa em geral as decisões contenciosas, quer emanem de uma auctoridade inferior quer de superior — Garsonnet, loc. cit.

Mas, é de notar, que as sentenças (*jugements*) ainda se dividem em *definitivas* e em chamadas *avant dire droit*, subdividindo-se as ultimas em *provisórias*, *preparatorias* e *interlocutorias*. Referem-se os julgamentos provisórios a medidas urgentes para o fim de pôr a parte ao abrigo de um perigo resultante do processo. Os preparatórios e os interlocutórios provêm a medidas de instrucção; mas só os segundos podem prejudicar o fundo da causa. Donde vem que dos segundos se pode appellar desde logo, ao passo que, para appellar de um julgamento preparatório, preciso é que haja sentença sobre o fundo da acção, e deve aquella appellação se conjunctar á que fôr interposta da decisão definitiva — Cod. Proc. Civ. franc., arts. 451 e 452. Todo julgamento que não se enquadrar em alguma destas tres classes de *avant dire droit* é um julgamento definitivo, estatua sobre o fundo ou sobre um incidente.

No processo civil allemão tem o nome de *Endurtheil*, *definitives Endurtheil*, o julgamento que põe fim á acção, isto é, só a decisão que termina o processo pela decisão sobre o fundo da causa. Não basta, portanto, que o julgamento seja definitivo para se chamar *Endurtheil*; é essencial que resolva o litigio *de meritis*; ao contrario do direito francez, que, como vimos, tem como definitivos varios *jugements*, que entretanto não resolvem o fundo da questão. No processo allemão ha mais: entre as decisões proferidas pelo tribunal no curso de um processo, umas são definitivas, no sentido de ligarem os juizes — e são cha-

madas *Zwischenurtheile*, *gemischte Zwischenurtheile*, idênticas às que no nosso direito se dizem *interlocutoriae vim definitivam habentes*, e outras proferidas no curso do processo, apenas com auctoridade provisoria, sem prenderem os juizes, que dellas podem se affastar sempre que mudarem de opinião.

Ha ainda as decisões relativas ás provas, as quaes se denominam *Beweisbeschlüsse*, e estão sujeitas a regras especiaes. Pelo antigo direito commum allemão, o interlocutorio pelo qual se fixavam as provas a produzir, ligava o juiz; hoje não é assim, pois nenhum interlocutorio tem tal effeito, salvo os *Zwischenurtheil* e os que estatuem parcialmente sobre o fundo da questão — Vid. Glasson e Liderlin, obr. cit., nt. ao art. 272.

Segundo o Cod. Proc. Civ. do cantão de Genebra, art. 101, *jugement* só se diz da decisão que resolve o merecimento da causa. Eis aqui: “*La cause, ou un incident de la cause étant instruit de la manière tracée dans les Titres précédents, les Juges s’occuperont sans retard de la décision.*”

Si le fond est en état d’être décidé définitivement, ils arrêteront et prononceront LE JUGEMENT.

Dans le cas contraire, il sera procédé d’après les Titres XII et suivants.”

Quer dizer: Si os juizes não se pronunciam sobre o fundo, mas determinam actos apenas preparatorios, estes actos se chamam *ordonnances préparatoires*, as quaes, mesmo quanto ás consequencias, não ligam os juizes, salvo em se tratando do juramento decisorio.

Como se vê, a technica judiciaria é varia e incerta neste ponto.

(⁶) Vide nota seguinte.

(⁷) Mello não define propriamente o que seja sentença; antes nos dá as respectivas especies, dizendo o que seja cada uma dellas — Liv. 4.º tit. XXI § 1.º. Mas agora vêde a confusão em que ali anda envolvido o assumpto. O *titulo* se inscreve *De Sententia et Re Judicata*, e está collocado entre a prova e a execução da coisa julgada. Como se não bastassem estas disposições methodologicas, a menos que tambem para o celebre jurisconsulto *rubrica non facit fidem* e a disposição das materias de um tratado ou compendio seja coisa indifferente ou nonada, para parecer que se ia tratar unicamente da sentença definitiva, as primeiras palavras do § não tolerariam duvida: *Probationibus utrim-*

que factis, et causa conclusa, judex sententiam profert. Não parece que se vai fallar tão sómente da resolução do litigio? De outro modo não se exprime, v. g., o moderno Cod. Proc. civ. allemão, art. 272, na traducção de Glasson: “*Lorsque l'affaire est en état, le tribunal doit statuer par un jugement SUR LE FOND*”. “*I giudici, diz o art. 356 Cod. Proc. civ. ital., devono deliberare dopo la discussione della causa*”. *Deliberar*, isto é, pronunciar sobre o fundo da causa, segundo a licção de Saredo.

Entretanto, continua Mello, *quæ* (sentença) *vel* DEFINITIVA *est, veluti quæ litem principalem decidit, et controversiæ finem imponit per condemnationem, vel absolutionem; vel* INTERLOCUTORIA, *quæ nihil aliud est, quam decretum judicis super articulo quodam incidente.* Mas então esta ultima especie de sentença, porque nada resolve sobre o merecimento da relação de direito litigiosa, sinão unicamente sobre um caso ou circumstancia concernente ao curso formal da acção, não está ali bem collocada; della não se pode dizer *de sententia et RE JUDICATA*.

Melhor andou o Cod. Proc. civ. do Uruguay no art. 459: *Sentencia es la decision del juez sobre la causa ó punto que se controvierte ante él. Es interlocutoria ó definitiva.*

Eu apenas, por amor da symetria, teria invertido a ordem desta enumeração. Diria— é definitiva ou interlocutoria.

E foi por não haverem obedecido á licção de logica, segundo a qual toda definição não deve conter sinão o definido e todo o definido, que muitos dos nossos escriptores andaram peor que Mello. Vejam-se, entre outros, Souza Pinto, §§ 481 e 482, e Ramalho, P. 1.^a tit XX § 1.^o. Depois de definirem sentença a *decisão proferida pelo Juiz da causa*, ou a *decisão da causa*, *proferida por Juiz competente, e pela qual*, accrescenta o primeiro, *elle absolve ou condemna as partes* (o réo, é que Souza Pinto queria dizer), dividem as sentenças em *definitivas e interlocutorias*, segundo decidem ou não a causa!

Antes como fez Pereira e Souza, § CCLXXVIII, ou Moraes Carvalho, § 663, ou Paula Baptista, § 178, que definem sentença a *decisão da questão controvertida ou da controversia*, a qual pode ser meramente incidente. Assim tinham feito Heineccio, Strychio, Domat, Merlin e outros jurisconsultos celebres.

O Reg. n. 737 de 1850, art. 231, preferiu usar da locu-

ção *sentença definitiva*, adjectivando assim a noção do acto judiciario de que então se occupava. Assim fizera o legislador philippino na Ord. Liv. 3.º tit. 66 *in rubr.* E foi melhor, já que no mesmo Regulamento não ha fixidez alguma na qualificação ou denominação das differentes especies de decisões judiciais. No art. 669, por ex., promiscuamente, sem criterio scientifico absolutamente nenhum, se falla de *sentença*, *decisão* e *despacho*; no § 10, não se sabendo como qualificar o acto ali previsto, chegou-se a lhe não dar denominação alguma.

Occorre, porém, não perder de vista que, effectivamente, as sentenças, tomando-se este vocabulo em sua accepção lata, se devem distinguir em *definitivas* e *interlocutorias*, e ainda estas em *simples* e *mixtas*, ou com força das definitivas — distincções que todos os escriptores fazem em termos inabalaveis (por ex. Souza Pinto §§ 482-485), e cada qual de cujas definições resalta da propria denominação.

Deixamos, porém, de aqui as tomar em consideração porque a respectiva importancia, sob o ponto de vista do processo, só se faz sentir a proposito dos *recursos*. Para lá nos aguardamos.

§ 190

Definição

Do que se acaba de ponderar no § precedente e suas notas, e do que se lê nas letras a) e b) do n. XLVII do nosso *Programma*, vem espontaneamente a definição do que seja *sentença*, no ponto em que ora estamos do processo ordinario: é *a decisão final da causa* ⁽¹⁾.

Como já se disse no § 76, e resulta dos principios expostos no 1.º volume, tem o poder judiciario por funcção especifica a operação politica de estabelecer definitiva e permanentemente o reequilibrio das relações de direito, que foram violadas ou apenas ameaçadas: na sentença reside a força social capaz de tornar estavel aquelle reequilibrio ou, o

que é mesmo, resolver definitiva e coactivamente o passageiro desequilíbrio funcional das relações de direito.

Nisto está completa a noção política da *sentença* e sua definição.

(¹) Bella definição é a da L. sarda, art. 200, ult. alin.: *Sono definitive le sentenze che decidono il merito di una controversia.*

§ 191

Elementos da Sentença

Já no citado § 76 ficaram escorçadas as linhas do actual estudo. Basta recapitular.

Ali dissemos que na *acção* entram tres idéas fundamentaes: o facto litigioso, o direito applicavel e o pedido do auctor. São os tres termos de um syllogismo: pela *maior* expõe o auctor o facto donde pretende que decorre a relação de direito pela qual vem litigar; pela *menor* aponta a regra de direito definidora da relação de direito litigiosa; pela *conclusão* pede precisamente que coisa pretende do réo. Mas se a *sentença* resolve a *acção*, logico é que no mesmo syllogismo encontremos os elementos constitutivos da sentença. Na *maior* relata o juiz os factos quaes foram deduzidos pelas partes litigantes; na *menor* aponta os *motivos* (provas e regras de direito objectivo ou scientifico) da decisão final; na *conclusão* condemna ou absolve o réo.

Daqui vem que tres são os elementos da sentença, a saber:

- 1.º) historico da questão ou relatorio do feito;
- 2.º) motivos da decisão;
- 3.º) dispositivo ou conclusão.

1.º) Relatório do feito

A necessidade de se abrir a sentença pelo historico da questão ou relatório do feito não é meramente de ordem formal, senão também de ordem logica.

Como *formula*, posto que sua preterição não importe nullidade, não entrando ella, como não entra, no numero daquellas *Formulas solemnes. perpetuas e inalteraveis*, de que fallam os Estatutos da Universidade de Coimbra ⁽¹⁾, e cuja falta era irremediavel ou insupprivel, não deve todavia ser jamais postergada, por ser, como é, indício certo de haver o juiz *visto e examinado attentamente os autos*, condição primordial do seu proprio prestigio e auctoridade, signal patente do cumprimento de um dever precipuo ⁽²⁾.

Como *instrumento logico*, é de valor inestimavel. Substanciando a polemica, o relatório offerece ao juiz meio de apprehender a questão, em seu complexo e detalhes, com maior facilidade e promptidão; está para os *motivos* e para o *dispositivo* como para os antigos alvarás e leis estavam os proemios ou prologos. Só quem se habituou a lidar com taes assumptos é que avalia a importancia desta primeira parte das sentenças ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Liv. II Tit. VI c. III § 55.

⁽²⁾ A sentença deve ser proferida com conhecimento de causa — eis a regra fundamental, por todos os escriptores reproduzida. O primeiro elemento do estudo da causa está indiscutivelmente na leitura integral do processado, pois que só desta póde vir o completo conhecimento dos factos, sem o qual se torna impossivel a correcta e justa applicação do direito.

Mas se o juiz tem imprescindível necessidade logica de examinar detida e integralmente o feito, e tem mais o dever moral de patentear que estudou a causa, que meio mais espontaneo e seguro de obter aquelle duplo resultado do que o relatorio do feito?

Eis a razão logico-politica da disposição do art. 232 do Reg. n. 737 de 1850, na parte em que prescreve ao juiz o dever de *summariar o pedido e a contestação, com os fundamentos respectivos*; disposição que nos tribunaes de segunda instancia explicitamente se estendeu ao *relatorio do feito* — Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, em varias passagens; sendo de notar que o antigo Regim. das Relações de 3 de Janeiro de 1833, art. 29, apenas se limitava a prescrever ao relator *que puzesse no processo uma simples declaração de o ter visto*. Só a respeito do julgamento das *revistas*, que as Relações julgavam em gráo revisor, é que o cit. Regim. falla em *relatorio* — art. 60 — para fazer remissão ao Dec. de 9 de Novembro de 1830, cujo art. 3.º facultava ás partes fazerem observações ao *relatorio*.

(³) Devem mesmo os juizes, em seus relatorios, synthetisar a argumentação dos advogados. Mostrarão dest'arte:

1.º) Que prestam a estes auxiliares do poder judiciario a consideração a que o seu nobre officio lhes dá direito. Haverá mais profunda perversão do senso moral em um juiz do que se presumir superior á necessidade de lêr as dissertações juridicas dos advogados? E os ha assim presumidos. Perante certo tribunal, muito nosso conhecido, já nos sentimos sob a desagradavel coacção de escrever o seguinte (App. 2095, de 1892):

“Em que peze á sincera e apurada consideração que tributamos ao douto e honrado ministro discordante do venerando accordão embargado; em que peze tambem ao calor com que em meza foi discutida a causa — calor tão elevado, que levou aquelle juiz a dizer que — *tanto mais intelligente é o advogado quanto mais prevenido fica elle contra a causa* — e outro, tão illustre e estimavel como o primeiro, que — *nunca se deixou levar por allegações de advogados* — pungentes injustiças essas para tantos collegas nossos, que intelligentes, fizeram sempre da nobilissima profissão da advocacia ponto obrigado de longos, pacientes e esmerados estudos, estudos que cançam, amolestam e precocemente fazem envelhecer — injustiças que tanto mais dóem quanto de mais

alto descem — injustiças que quasi fazem desanimar, por virem justamente daquelles com quem os advogados vivem a vida publica do direito, dos juizes, para quem os advogados foram sempre uma necessidade irremovivel, dos distribuidores da justiça, emfim, da qual é o advogado o eterno, o imperterrito defensor; em que peze ainda á pericia com que o estimavel patrono do Embargante defendeu a mais injusta, a mais ingrata das causas possiveis; em que peze, finalmente, a tudo quanto possa melindrar susceptibilidades ou prevenções, dê-nos o Egregio Tribunal de Justiça generosa venia para deixarmos consignado aqui o nosso alegre e contentissimo preito de louvor á veneranda decisão embargada.

Honra ao conspicuo Tribunal, que salvando, de imminente desastre, a pureza do direito, fez-nos rememorar o verso de Juvenal:

Interpres legum sanctissimus!

Só uma cousa rogamos ao illustre prolator do voto vencido: se algum intrigante disser a S. Ex. que somos advogado intelligente, por amor de Deos não accredite; somos, ao contrario, o mais obscuro delles. Não fique, pois, por esse lado, prevenido contra as causas sob o nosso patrocínio”.

2.º) Mostrarão mais, e é o principal, que sabem estudar. Nem a phrase é nossa: já a enunciara M.^e Rousse, o celebre *bâtonnier* da Ordem dos Advogados, em seu *Discurso de abertura* de 1871. E saber estudar, tinha dito outro celebre advogado francez, Manuel, só por si já é quasi saber.

§ 193

2.º) Motivos da decisão

Nos tempos do absolutismo, em que, na phrase das Ordenações, o *Rei era a lei viva sobre a terra*, e n’*Elle* todos os poderes se fundindo, só em *Seu Nome* é que estes ultimos fallavam, já era dogma judiciario a presente prescripção, que dous solidos argumentos fundamentam.

O primeiro, de ordem politica, é o mesmo sobre que se baseia o geral uso da *exposição de motivos*

que precede ás leis nos governos absolutos e aos decretos do poder executivo nos governos representativos. Pela razão inversa da que, nesta ultima forma de governo, dispensa de preambulo ou exposição de motivos as leis propriamente ditas ou emanadas do poder legislativo, porque sua elaboração se processa com a ampla publicidade das discussões nos parlamentos ou congressos, aquellas outras leis e aquelles outros decretos devem trazer explicitas as razões de utilidade publica determinante, uma vez que, mesmo nos governos absolutos, lei alguma se legitima sem aquella causa geral da actividade legislativa, e a opinião publica tem o direito de conhecer taes razões.

Ora, no que respeita ás sentenças do poder judiciario, menos certo e largo não é o direito dos jurisdicionados a conhecerem os motivos das sentenças, que resolvem relações e pretensões juridicas, porque só assim poderão elles ajuizar si justiça foi ou não feita, e só na justiça reside a utilidade publica dos decretos daquelle poder, e, portanto, a sua legitimidade.

O segundo argumento, de ordem logica, ficou mesmo explicitamente consignado em lei positiva — Ord. III, 66, 7. Eis a sua dupla feição:

a) Como poderão as partes fundamentar os seus recursos si não souberem os motivos em que se fundou o juiz da primeira instancia para condemnar ou absolver?

b) Como poderão os juizes da segunda instancia confirmar ou revogar a sentença recorrida si não conhecerem os motivos della?

Já dissemos, e Saredo ⁽¹⁾ tambem o disse, que toda sentença é um syllogismo. Mas si o character do syllogismo consiste essencialmente, como ensina o eminente Bain ⁽²⁾, em que *todos os elementos do*

raciocinio sejam explicitamente enunciados, conceber qualquer sentença sem exposição dos respectivos motivos não fôra incivilidade logica menor do que admittir conclusão sem premissas.

Portanto, a necessidade de motivar as sentenças é uma necessidade de ordem logica, o que equivale a dizer que é irremovivel ⁽³⁾.

(1) *Una buona sentenza é un sillogismo* — Saredo, *Proc. Civ.*, I pag. 601, 1.^a edic.

(2) *Logique déduc. et induc.*, I pag. 193, da trad. de Compayré.

(3) A exigência legal de motivação das sentenças figura em todas as legislações mais conhecidas.

Entre nós, expressa em a exigir é a já citada Ord. do liv. 3.^o tit. 66 § 7.^o, que vale a pena transcrever para completa justificação do nosso texto:

“E para as partes saberem se lhes convêm appellar, ou aggravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condemnar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instancia, como no caso de appellação ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condemnar ou absolver ou a confirmar, ou revogar”.

Em tão subida conta tinha o legislador philippino esta prescrição, que com penas severas punia o juiz que a transgredisse. Entretanto, a despeito de tão justa severidade, ora a indolencia e a preguiça, ora a prevaricação foram quebrantando aquella sabia providencia. Dahi surgiu a necessidade da Portaria de 31 de Março de 1824, na qual o insigne Clemente Ferreira França, ministro de D. Pedro I, e também magistrado, encarnou brilhantemente a figura de verdadeiro chefe e defensor da Justiça publica:

Eil-a, para maior brilho dos passados tempos:

“Desejando S. M. o Imperador que os subditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens

promettidas na sabia constituição, ha pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara e palpavel a todos os litigantes, manda o mesmo augusto senhor, pela secretaria de estado dos negocios da justiça, que os juizes de mór alçada de qualquer qualidade, natureza e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7 da Ord. do Liv. 3.º Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado; afim de conhecerem as partes as razões em que fundarão os julgadores as suas decisões: alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. Palacio do Rio de Janeiro, em 31 de Março de 1824. — *Clemente Ferreira França.*”

E quereis vêr ainda quanto valia a liberrima prescrição? Entrando em duvida si ella abrangia as justiças militares, cuja feição, em todos os tempos e logares, mais ou menos se alonga dos principios liberaes, o Imperador, pelo ministro da guerra, o brigadeiro João Gomes da Silveira Machado, fez expedir esta ordem ao conselho supremo militar:

“Sendo conforme com os principios reconhecidos de direito que os juizes, de qualquer graduação que sejam, julguem estrictamente segundo o allegado e provado, e que os cidadãos saibão os fundamentos em que assentão todas as decisões que podem offender seus direitos individuaes; e convindo, outrosim, tirar aos julgadores toda a arbitrariedade sobre a natureza e graduação das penas, que houverem de impôr, como offensiva da liberdade dos mesmos cidadãos; manda S. M. o Imperador, pela secretaria de estado dos negocios da guerra, declarar ao conselho supremo militar que d’ora em diante deve motivar as sentenças, que houver de proferir definitivamente, na conformidade do que se acha disposto na Ord. liv. 3.º tit. 66 § 7.º, ficando igualmente o mesmo conselho na intelligencia de que a disposição da parte do 1.º artigo do decreto de 13 de Novembro de 1790, em que lhe concedia a faculdade de minorar as penas impostas pelo Regulamento militar, ficou sem vigor pelo art. 8.º cap. I tit. 3.º da Constituição do Imperio. Paço, 10 de Abril de 1824. — *João Gomes da Silveira Machado.*”

O Reg. n. 737 de 1850, art. 232, reproduz a regra, mandando que o juiz *motive com precisão o seu julgado*.

Entretanto, em nossa pratica, já tivemos um caso assim: Sentença da 1.^a instancia — “Vistos &. Condemno o R a pagar ao A. a somma pedida, juros e custas.” Sentença da 2.^a instancia: “Accordam em Relação &. Confirmam a sentença appellada por seus *juridicos fundamentos*.”!!

No direito francez, a prescripção era mesmo de natureza e origem constitucional — Const. do 5. *fructidor* anno III, art. 208; manteve-se explicita no art. 141 Cod. Proc. civ., e, pelo art. 7 da lei de 20 de Abril de 1810, a sua preterição importa nullidade para os arestos das côrtes de appellação — Garsonnet, *Précis*, n. 582.

Concordam explicitamente naquella exigencia os Cods. de Proc. civ.:

Portuguez, art. 281 § 1.º;

Allemao, art. 284 n. 4;

Italiano, art. 360 n. 6;

Uruguayo, art. 466, 3.º per.;

Argentino, (*Ley sobre Proced. de los Trib. nacion. en lo civ. y crim.*) art. 13;

e outros.

O nosso Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, que deu organização á Justiça Federal, prescrevendo, no art. 179, as qualidades da sentença e o que deve conter, nada disse a respeito deste ponto. Seria proposital a omissão? Não o queremos crêr. Aquillo não passou de lacuna, filha da precipitação com que aquelle decreto foi elaborado.

— A necessidade de motivar as sentenças deve abranger não só os pontos capitaes da demanda ou relativos ao fundo da causa, como ainda a outros quaesquer, que incidentalmente tenham dado logar a controversia entre as partes.

Esta regra constitue jurisprudencia no direito francez, como se pode vêr, por ex., em Faustin Hélie, *Trait. de l'Instr. Crim.*, VI, n. 2704.

— A preterição desta formalidade induz nullidade? Pensamos que infelizmente não, em vista do cit. § 7.º da Ord. e do art. 680 do Reg. n. 737 de 1850.

Mas é pena. Seria um meio de chamar os juizes ao cumprimento deste importantissimo dever.

3.º) Dispositivo da sentença

No *dispositivo* ou *conclusão* tem a sentença a propria razão de ser. Sem ella ficaria partido este sorites, que é a mesma formula do proprio direito judiciario:

Pela acção pede o auctor o reconhecimento judicial da relação de direito litigiosa, contra o reo, que se defende pretendendo que esta é sua.

Ora o juiz é o orgam do poder social por cuja auctoridade aquelle reconhecimento se opera estavelmente naquelle dos dous litigantes que melhor prova produzir de ser o verdadeiro titular daquella mesma relação de direito.

Mas a auctoridade do poder judiciario, no tocante á sua função especifica do *jus suum cuique tribuere*, tem nas sentenças o modo legitimo da propria manifestação, e só por meio dellas pode dar a cada um o que é seo.

Logo, toda sentença ha de necessariamente concluir por dispôr a condemnação ou a absolvição do reo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Eis a razão porque a Ord. L. 3.º tit. 66 § 1.º dispõe que *o julgador sempre dará sentença conforme ao libello, condemnando ou absolvendo em todo, ou em parte, segundo o que achar provado pelo feito*; disposição quasi litteralmente reproduzida no art. 231 do Reg. n. 737.

Eis porque varios codigos estrangeiros explicitamente prescrevem que as sentenças deverão conter *o dispositivo do julgamento*. Assim:

francez, art. 141;

portuguez, art. 281;

italiano, art. 360 n. 7;

allemão, art. 284 n. 5, *ibi*: “O dispositivo, que deve ser materialmente separado das qualidades e dos motivos.”

O cit. art. 466 Cod. do Uruguay assim se exprime: “*Las sentencias concluirán condenando ó absolviendo al demandado.*”

De resto, já não era assim que fechava a formula pretoriana: *Si paret, condemna, si non paret, absolve?*

§ 195

Requisitos formaes da sentença

Na accomodação das tres partes da sentença acima indicadas deve o juiz se submeter a certas prescripções, que são outros tantos requisitos formaes de qualquer sentença.

Toda sentença deve conter e ser:

- 1.º) Enunciação dos nomes, profissões e qualidades das partes ⁽¹⁾;
- 2.º) Redacção clara ⁽²⁾;
- 3.º) Conforme aos autos, o que se entende do allegado ou pedido e do provado ⁽³⁾;
- 4.º) Certa, o que se entende quanto á condemnação ⁽⁴⁾;
- 5.º) Pura, salvo si a condição puder ser logo preenchida, e não alternativa, excepto si a qualidade da acção assim o exigir ⁽⁵⁾;
- 6.º) Conforme ás leis e estylos ⁽⁶⁾;
- 7.º) Escripta, datada e assignada pelo juiz ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Cod. Proc. civ. fr., art. 142; port., 281 § 1.º; ital., 360 n. 1; allem., 284 n. 1; uruguayo, 466.

Nossas leis não referem expressamente este requisito; mas intuitiva é a sua necessidade. Toda sentença deve ser uma peça inteira: uma vez publicada ou registrada deve por si só bastar para descobrir inteiramente o negocio judicial e juridico que tiver resolvido; mas sem a presente enunciação como se haverá de conhecer integralmente *a causa*?

O Reg. Jud. ital. de 14 de Dezembro de 1865 assim dispõe no art. 267: “L’enunciazione nelle sentenze dei nomi delle parti, prescritta dall’articolo 360 del codice di procedura, deve anche esprimere la rispettiva qualità loro di attore, di convenuto principale, di interveniente o di chiamato in causa, di appellante o di appellato.”

Alguns codigos, como o francez, italiano, allemão &, exigem mais a indicação da residencia das partes e do nome dos respectivos advogados e procuradores.

(²) Esta exigencia não consulta apenas a uma necessidade de ordem litteraria, e, portanto, de caracter geral, mas ainda obedece a uma necessidade de ordem politica.

Clara deve ser a redacção das sentenças, não só porque é na clareza de qualquer producção escripta que assenta o seu primeiro merecimento, e má copia de si dará o juiz que se descuidar dessa primeira das mais vulgares licções grammaticaes, como porque, sendo um dos principios informativos do processo aquelle que na nota 5.^a ao § 5.º denominámos *politico-economico*, segundo o qual devem as leis judicarias prover as partes de *maximo resultado com minimo esforço*, contraviria a tão salutar principio o juiz que, pela obscuridade na redacção de suas sentenças, forçasse as partes ao uso do recurso de embargos de declaração, conforme a Ord. L. 3.º tit. 66 § 6.º e Reg. n. 737 de 1850, art. 641, já que sentenças obscuras são inexequiveis.

(³) E’ o preceito da Ord. L. 3.º tit. 66 pr., que já longamente commentámos nos §§ 124 e 125. *Acta sunt vehiculum ad sententiam*.

Devemos aqui apenas additar o que a theoria ensina sobre o que se deve entender por *conforme ao pedido* —idéa que não é outra sinão a contida no § 1.º da cit. Ord. L. 3.º tit. 66: *O julgador sempre dará sentença conforme ao libello*, e deve ser entendida consoante Paula Baptista, § 179. Quer dizer: a sentença deve ser restricta á materia discutida na causa, não julgando o juiz mais do que se contem nas conclusões dos litigantes, excepto o que nestas virtualmente se comprehender.

Nem julgará mais do que é pedido pelo auctor, quanto ao principal — dispõe a cit. Ord.; e porque os *fructos e interesses* do principal estão virtualmente comprehendidos nelle, a Ord. acrescenta que o juiz, quanto a taes accrescimos, *pode julgar aquillo, que se mostrar pelo feito, que accresceu*

depois da lide contestada em diante, inda que pela parte não seja pedido; porque todas as cousas que acontecem em Juizo depois da lide contestada, pertencem ao officio do Juiz, inda que não sejam pedidas.

Mas poderá julgar menos do que o pedido, si o auctor não provar cumpridamente a sua intenção — Ord. III, 34.

— Entre as coisas virtualmente comprehendidas no principal, e a cuja prestação pode portanto o juiz condemnar ainda que não sejam pedidas, incluem os escriptores:

a) os fructos devidos nos remedios possessorios ou nos casos em que *res ad antiquum statum restituenda ex dispositione legis*;

b) especialmente nos interdictos restitutorios;

c) tambem na manutenção, com as distincções referidas em Lobão, *Interd.*, § 320;

d) na restituição *in integrum*, quando o menor é restituído á posse dos seus bens por ter sido lesado;

e) outros casos, referidos ainda em Lobão, *Seg. Lin.*, Nt. 565 ns. 5 e segs.

— Neste requisito se comprehende tambem a seguinte regra, de sabedoria intuitiva: que a sentença deve resolver tudo quanto foi pedido na causa, quer por via principal, quer *ope exceptionis*, quer *ope reconventionis*, nada deixando sem decisão formal, na phrase do cit. Lobão, *supr.*, n. 10.

— Pereira e Souza, Nt. 565, faz uma ponderação que é bem refutada pelo cit. Lobão, n. I; e é, que a conformidade de que aqui tratamos se entende a respeito *da cousa* pedida no libello, e não da sua *conclusão*, porque de outro modo o reo sempre seria condemnado. Mas, como bem observa Lobão, *para se conhecer e julgar o que é pedido pelo auctor, não se olha a narrativa do libello, mas só a conclusão delle.*

(⁴) E' outro preceito da cit. Ord. § 2.º, reproduzido no art. 231 do Reg. n. 737, e que não passa de corollario logico dos principios acima firmados. Si sentença obscura é inexequivel, não o será menos a que não concluir por condemnação em objecto certo: ou seja pagamento de quantia certa de dinheiro, ou entrega de cousa certa, ou prestação positiva ou negativa de facto determinado.

Assim, como diz a Ord., *será o Juiz avisado que dê sentença certa, em certa quantidade ou em certa cousa. E se dêr sentença incerta, não valerá.* Era exactamente a dispo-

sição do § 32 Inst. *de action.*: *Curare autem debet iudex, ut omnino quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat.*

Mas accrescentava a Instituta: *etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est*; quer tudo dizer: Trate o Juiz, *quanto lhe for possível*, de dar sentença sobre somma certa ou coisa certa, *mesmo quando a acção versar sobre quantidade incerta.*

De facto, vezes ha em que, pela propria natureza das coisas ou das causas, não pode a sentença condemnar desde logo em objecto certo e determinado; certeza e determinação que só posteriormente, no ingresso da execução, como veremos no § 260, poderão ser *liquidadas*. V. g. nas acções *universaes*, como na *hereditatis petitio*, em que só depois do inventario, avaliação e partilha se poderá liquidar em quanto monta a responsabilidade do cabeça de casal; na tutela, em que a cifra da obrigação do tutor só se poderá determinar pela liquidação das contas; na de sonegados, não sendo possível ao auctor fixar inicialmente no libello o exacto valor dos sonegados; na de satisfação, dependendo de provas ultteriores o calculo das perdas e danos, etc., etc.

Eis porque, ás palavras transcriptas — *E se der sentença incerta não valerá* — accrescenta a Ord.: *Salvo se a dita sentença incerta podesse ser certificada pelos autos do processo, ou se podesse liquidar na execução della.* E' o que repete o art. 231 do Reg. n. 737: salvo si a quantia, sendo incerta, puder ser liquidada na execução.

(²) A sentença deve ser pura porque sentença condicional não seria certa. Como fixar o conteúdo da condemnação, si a respectiva obrigação determinante tem a propria existencia dependente de um acontecimento futuro e incerto? Tal é o motivo da Ord. L. 3.^o tit. 77: Toda sentença definitiva deve ser pura, e não ter em si condição alguma.

Entretanto, consoante a mesma Ordenação, nulla não será a sentença só porque seja condicional. Basta, para que valha, que della não tenha a parte appellado dentro nos dez dias seguintes ao da respectiva publicação ou intimação, *sem se esperar o tempo em que a condição seja cumprida... E passará a tal sentença em cousa julgada, assim como se fôra pura sem condição alguma.*

Nem este era o caso unico em que ficava valendo a sentença condicional. Assim, pela Ord. L. 3.^o tit. 66 § 4.^o,

valia tal sentença si a condição pudesse ser logo cumprida, *como se o julgador condemnasse o reo no que o auctor jurasse que lhe era devido, porque em tal caso poderá dar a dita sentença condicional*. Tal caso, porém, não tem mais applicação no actual direito patrio — Vide supra § 156; 2.º vol. pag. 236. Salvo, talvez, em se tratando do juramento *in litem* — Vid. § 160.

Lobão, *Seg. Linh.*, Nt. 564 n. 7, pretende, com os DD. ali citados, que haja outros casos em que possa valer a sentença condicional; mas não se funda em lei nenhuma. Temos taes pretendidas licções como meramente arbitrarías.

Tambem a sentença não deve ser alternativa, pela razão logicamente induzida da regra segundo a qual a sentença deve ser certa. Entretanto, tambem logico é concluir pela possibilidade de ser alternativa a sentença nos casos em que alternativa pode ser a conclusão do libello — Vid. § 99.

(^o) Naturalmente; nem era preciso que as leis explicitamente o dissessem — Ords. III, 64 e 75; L. de 18 de Agosto de 1769 § 14; Reg. n. 737 de 1850, art. 232.

(^o) Abolidos os antigos *accessores*, não podem hoje as sentenças deixar de ser *escriptas* pelo punho do proprio juiz; a data e assignatura são complemento necessario do acto — Ord. I, 1.º § 13, 6.º § 16. Vid. optimamente Pimenta Bueno, *Form. do Proc. Civ.*, n. 218.

§ 196

Publicação e intimação da sentença

A publicidade da sentença é condição absoluta de sua propria existencia e, portanto, indispensavel para que produza os effeitos que vão indicados no § subsequente. E' a regra: *paria sunt non esse et non significari*.

Sem ella não se haveria como resolvido o litigio, pois emquanto o Juiz não fizesse conhecida a sentença, poderia lhe levar as emendas que entendesse;

sem ella não poderiam as partes usar dos recursos legaes nem lhe dar execução.

Eis porque expressamente prescreve a Ord. Liv. 1.º tit. 5.º § 15 que *os desembargadores publicarão por si todas as sentenças, e não as poderão haver por publicadas*, disposição que a do Liv. 3.º tit. 19 estende a todos os juizes.

A publicação se pode fazer de dous modos:

a) Pelo juiz, na audiencia ⁽¹⁾;

b) Em mão do escrivão ⁽²⁾.

Entretanto, como tem ella por fim fazer conhecido das partes o conteúdo da sentença, a publicação em audiencia não bastará quando não fôr feita na presença das partes ou de seus procuradores ⁽³⁾.

⁽¹⁾ E' o modo commum e solemne; e da disposição do § 15 da Ord. citada acima, pareceria até o unico legal: *Publicarão por si e não as poderão haver por publicadas*. Entretanto, dizem os escriptores se ter introduzido o *uso* ou estylo de mandar o juiz que a publicação seja feita pelo escrivão. Assim Mello Freire, Liv. 4.º tit. 21 § 10, pretende que — *consuetudine autem introductum est, ut pro recitata et publicata apud scribam judicalem, qui eam partibus denuntiare debet, haberi possit*.

Mas será simplesmente estylo?

A resposta se dará na nota seguinte.

⁽²⁾ Ord. Liv. 3.º tit. 66 § 6.º *ibi*: *ou der ao escrivão para lhe pôr o termo da publicação*.

Como se vê, é disposição expressa de lei; portanto, como bem pondera Pimenta Bueno, obr. cit., n. 219, não foi só o costume ou estylo que introduziu esta especie de publicação.

Verdade é haver apparente antinomia entre esta e a outra disposição do § 15 do L. 1.º tit. 5.º. Si os juizes não poderão *haver por publicadas* as sentenças, mas a publicarão *por si*, como se justificaria este segundo modo de publicação sinão pelo costume?

Silva ad Ord. L. 3.º tit. 19 § 1.º vê antinomia e tem como erronea a dita praxe, por ser contraria á lei; mas concilia os dous textos: que a Ord. L. 3.º tit. 66 § 6.º só

procede nas causas summarias, leves e breves, em que se procede de plano sem figura de juizo.

O nosso Souza Pinto, § 510, concorda plenamente com aquella pretendida licção.

Mas não procede. Não só não pode haver costume contrario á lei, como é certo que o dito § 6.º não distingue entre acções ordinarias e summarias. Antes se deve dizer que o § 15 estabelece a regra geral, que por ser uma regra geral não estava livre de excepções; o § 6.º trouxe aquella excepção, tanto mais accetavel, que figura em varias legislações, e o mostra Lobão, Nt. 570 n. 2 nota.

(³) Reg. n. 737 de 1850, art. 235.

Escusado é dizer que tambem depende de intimação a publicação que é feita em mão do escrivão — cit. Reg., art. 234.

Não havendo, porem, procurador constituido ou não sendo este encontrado para ser intimado, pode a intimação ser feita sob pregão em audiencia — cit. Reg., art. 722.

ARTIGO II

Effeitos da sentença

§ 197

Quaes são esses effeitos

Toda sentença, como qualquer outro acto publico, pode e deve, respectivamente á propria influencia no mundo concreto dos phenomenos juridicos, ser considerada sob o duplo aspecto de sua força efficiente e de sua funcção pratica.

A — Força extrinseca ou funcção positiva.

Sob este aspecto, a sentença, como acto do poder judiciario, tem força identica á de qualquer lei ou decreto dos outros dous poderes constitucionaes do Estado. Eis que passa em julgado, obriga a todos indistinctamente e pode ser coactivamente imposta por meio da *execução* forçada, a que não só o reo

condemnado como qualquer outra pessoa se não pode oppôr. Decreto *adversas omnes*, tem nesta força a sua função positiva.

Eis porque, quando adiante estudarmos a *coisa julgada*, haveremos de vêr que nitida differença se interpõe entre o que se chama em absoluto *sentença*, ou decreto que, na expressão de Covarruvias, *prævalet veritati*, e o que technicamente se denomina *res judicata*, que para Ihering indica apenas a relação de direito resolvida entre o auctor e o reo, e abre a *exceptio rei judicatæ*. Por emquanto, damos aqui tão somente as linhas culminantes do assumpto, sob sua feição mais geral ou theorica.

E se diz que, nesta relação, tem a sentença uma força ou função positiva, como reminiscencia da doutrina philosophica de Thomasius, que distinguia o direito da moral segundo os deveres correlatos se apresentassem sob o aspecto negativo ou positivo. Quero dizer: todos devem obediencia ás sentenças do poder judiciario emquanto exprimem uma verdade juridica estavelmente assentada *adversus omnes* — eis a sua função positiva; as partes litigantes não podem exercer a sua actividade juridica na relação de direito resolvida senão precisamente nos proprios termos *rei judicatæ* — eis a função negativa das sentenças ⁽¹⁾.

A sentença, portanto, alem de resolver concretamente certa relação de direito entre determinadas pessoas, tambem se apresenta, nas relações sociaes, como verdadeiro decreto do poder judiciario com força positiva ou geral ⁽²⁾.

B — Força intrinseca ou função negativa.

Das linhas que precedem emana inteira a noção deste segundo aspecto das sentenças, o qual, repetimos, será mais desenvolvidamente estudado no Capitulo da *Coisa julgada*.

Mas resolvendo a relação de direito que entre si as partes litigantes disputaram, a sentença (*res judicata*) produz certos efeitos especiaes, a saber:

1.º Termina o officio do juiz, e por isso se diz *irretractavel*; quer dizer, que proferida a sentença definitiva, finda a jurisdição do respectivo juiz prolator. Salvo por via de embargos, não a poderá elle mais revogar ⁽³⁾.

2.º Produz a cousa julgada ⁽⁴⁾.

3.º Faz direito entre as partes; e em regra só entre as partes ⁽⁵⁾.

4.º Produz a *hypotheca judicial* ⁽⁶⁾.

(1) V. g.: a sentença, em acção de filiação natural, julgou que Antonio é filho de Pedro. Todos têm o dever de considerar esta decisão como verdade prevalente. Pedro não pode se escusar do dever de alimentar Antonio.

(2) Não era assim em Direito Romano, como se vê em Ihering, *Espr. du Dr. Rom.*, § 15, cuja licção vale a pena reproduzir porque confirma a doutrina que sustentámos na not. 6 ao § 116 (2.º vol. pag. 86-87) — que a contestação da lide, no direito actual, não produz um quasi-contratto.

Depois de mostrar que o processo romano repousava sobre a convenção das partes, vindo assim o contracto a fundamentar a *litis contestatio*, pois por elle é que as partes se ajustavam sobre a pessoa do juiz que o magistrado lhes constituiria e reciprocamente se obrigavam a estar pela decisão — de maneira que a força da sentença não vinha de ser emanação de auctoridade publica, sinão da promessa condicional que as partes mutuamente se faziam de se contentar o vencedor com o que lhe dêsse o juiz; depois de demonstrar que a influencia da sentença deve assim ser referida á convenção das partes, a qual é a sua verdadeira causa, de modo que o juiz antigo tinha exactamente a mesma posição que o jurisconsulto da epoca imperial, investido do *jus respondendi*, posição que não é identica á de certas pessoas, hoje nomeadas pelo Estado para exercerem determinadas funcções no interesse publico, mas unicamente a de arbitro das partes, a cuja nomeação tinha apenas con-

corrido a vontade dellas — assim conclue o insigne romanista:

“O juiz do direito antigo nada impõe ao reo, ordem alguma lhe dá em nome do Estado; nada mais faz sinão prestar ás partes o auxilio de seus conhecimentos juridicos. A lingua exactamente exprimiui a relação existente entre a acção do juiz e a do auctor. O juiz deve unicamente *dizer o direito (dicere)*; dahi o seu nome de *judex*, e elle o faz dando a sua *opinião (sententia)*. O auctor pelo contrario, é aquelle que *age (actor)*; elle *age* na realidade, porque põe a *mão (manum injicere, conserere; vindicare)*, segundo a diversidade dos processos, sobre pessoas ou sobre coisas (*agere in personam, in rem*). O juiz moderno, ao contrario, decide; é elle quem age; o auctor não — queixa-se ao juiz, *demandando (pede)* o seu ministerio. Sempre que seu direito é incontestavel, não tem elle necessidade do juiz; procede *in continenti* á justiça privada. O officio do juiz não foi introduzido em Roma senão para dar occasião ás partes de se lhes fazer mostrar o direito nos casos duvidosos. Mas a sentença do juiz não produz nenhum resultado que as partes não obteriam por outra via, e o motivo geral de sua acção decisiva não está no character publico do officio do juiz, sinão na vontade das partes. O juiz, pois, não é mais do que um arbitro (*arbiter*), e existe uma infinidade de casos em que elle é designado por esse nome”.

Hoje não é assim nos governos representativos. A sentença faz ás vezes de lei. Os juizes participam da soberania nacional, em cujo nome declaram o direito, resolvendo litigios. Na expressão de um jurisconsulto inglez, na solemnidade das sentenças passa a voz mesma da lei: *the voice of the law*.

(³) *Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea Judex esse desinit* — o juiz deixa de o ser logo que profere a sentença — fr. 55 *de re jud.* (XLII, I). E a razão a dá Ulpiano na sequencia do texto — é porque o juiz, desde que condemnou em mais ou em menos, já não pode reformar sua sentença *porque mal ou bem, se desempenhou de sua funcção* — *semel enim male seu bene officio functus est* — Boncenne, II, 361.

— E depois que o julgador der uma vez sentença definitiva em algum feito, e a publicar, não tem mais poder de a revogar, dando outra contraria pelos mesmos autos — repete a Ord. L. 3.º tit. 66 § 6.º

Mas esta regra, por mais que pareça absoluta, anda su-

jeita ás duas modificações ou excepções expressas no citado § 6.º

Eis a primeira: “E se depois a revogasse, e desse outra contraria, a segunda será nenhuma, *salvo se a primeira fosse revogada por via de embargos, taes que por Direito por o nelles allegado, ou provado, a devesse revogar.*”

Eis a segunda: “Porem se o Julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas palavras escuras e intrincadas, bem a poderá declarar.”

De ambas trataremos demoradamente no § 204.

Ramalho, P. 1.ª tit. XX § 3.º i. f., sobre Valasco, Cons. 47 n. 6, ainda ensina que “a sentença que denega appellação pode ser reformada, porque é havida *por interlocutoria* para este fim, *em favor da appellação, e por causa da reverencia devida ao Juiz superior.*”

Já nos parecia extranhavel que Valasco assim tivesse doutrinado em vista da Ord. L. 3.º tit. 74, que expressamente chama de interlocutoria a sentença que denega appellação e lhe oppõe o recurso de agravo; mas Ramalho é que o não podia fazer depois do art. 15 § 9º do Reg. de 15 de Março de 1842.

Nem tão pouco nos parecem procedentes as razões de Valasco: *in favorem remedii appellationis et propter reverentiam judicum superiorum*. Si fosse em favor da appellação, agravo não se deveria admittir do despacho que a recebe. Por outro lado, receber appellação não é reverencia ao Juiz superior, senão pura funcção do officio do juiz da primeira instancia, como o é não a receber. Esta idéa de reverencia na doutrina dos recursos não passa de anachronismo, já agora intoleravel na economia judiciaria. Pura satisfação de uma necessidade humana, a appellação é perfeito direito das partes, organizado nas leis conforme o systema processual do paiz.

(¹) Bem entendido: consoante a theoria que se expenderá nos §§ 235 - 237.

(²) E se diz que *em regra* é que a sentença só *entre as partes* faz direito, porque (Vid. *Programma*, XLVIII, 3.º) o brocardo *res inter alios acta, aliis non prodest nec nocet*, não é absoluto — Vid. *infra* § 245.

(³) Não anda muito vulgarisada a historia da *hypotheca* judicial, e menos a exacta noção de sua integridade scientifica.

Os romanos praticaram o *pignus praetorium* e o *pignus judiciale*; um e outro, porem, eram institutos muito diferentes da moderna hypotheca judicial, que elles não conheceram.

Era o *pignus praetorium* o remedio com que o pretor garantia a execução do julgado, immittendo desde logo o credor na posse de parte ou do todo dos bens do devedor, para assim o constringer ao cumprimento da obrigação exequenda. Era o que se chamava *missio in possessionem*, a qual creava verdadeiro direito de penhor. E Ulpiano, no fr. 26 de *pign. act.* (XIII, 7), fazia vêr que se não extranhasse a constituição de um penhor logo que o juiz immitte o credor na posse dos bens do devedor. E no § 1.º accrescentava: *Sciendum est, ubi jussu magistratus, pignus constituitur, non aliás constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*. Donde resultava uma *actio in rem* — const. 2 de *!! HYPERLINK "file:///prcBt" /pract. pign.* (VIII, 22), pela qual o auctor se fazia immitter na posse do penhor — Zachariae, *Dr. Civ.* § 798 nt. I de Massé e Vergé. Posteriormente á época pretoriana, quaesquer juizes tinham aquelle poder — const. 1.ª e 2.ª *eod.*; Maynz, *Dr. Rom.* § 243.

O *pignus judiciale* tinha suas raizes na *pignoris capio*, que era uma das cinco acções da epoca das *legis actiones*. Por ella, o credor por algum dos titulos que então gozavam de tal privilegio, era auctorizado, para obter o respectivo pagamento, a praticar por si mesmo, independentemente da intervenção do poder publico (*extra jus*), a tomada de um penhor (*pignoris capio*) contra o devedor, e tambem independentemente, da presença deste — Gaio, IV, 29. O penhor era depois vendido, e do respectivo preço se pagava o credor.

Com o tempo desapareceu a *pignoris capio*, que foi substituida por uma acção ordinaria, que redigida sob a forma de uma *actio ficticia*, continuou a se impor ao devedor com a feição referida pelo cit. Gaio no § 32: *ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, lucre deberet, tantam pecuniam condemnetur*; quer dizer: a fição consistia em que o reo fosse condemnado a pagar tanto quanto outr'ora, no caso de immissão na posse de um penhor, teria de pagar para libertar esse penhor.

E assim se confundiram os dous remedios em um só,

como o disse a glosa sobre a const. 2.^a de *Prætor. pign.*: *Largo modo, utrumque posse dici giudiciale, cum utrumque ipsorum datur á giudice.*

Afinal, pelo fr. 15 de *re jud.* (XLII, 2), Antonino o Piedoso permittiu de modo geral que as sentenças se executassem por meio da tomada de effeitos moveis e mesmo de immoveis do devedor condemnado. Era já a *penhora* da moderna execução. — Vid. Kœller, *Act.* § XX; Maynz, loc. cit.; Dalloz, *Répert.* v. *Privil. et hypoth.* n. 1096.

Nada havia, portanto, no direito romano, que se parecesse com a hypotheca judicial de hoje.

Parece que esta teve os seus primeiros debuxos na Ordenança de Moulins de 1566, cujo art. 35 assim dispunha: “*Dès lors et á l’instant de la condemnation donnée en dernier ressort, et du jour de la pronontiation, il serait acquis á la partie droit d’hypothèque sur les biens du condamné, pour l’effet et execution des jugemens et arrêts par lui obtenus*”.

A nossa Ord. Philippina, promulgada poucos annos após a Ordenança de Moulins, e cuja criação, portanto, deveria estar bem presente ao espirito do legislador, tambem pela primeira vez introduziu a hypotheca judicial no direito portuguez. Não o fez, porem, com latitude igual á do direito francez, pois como se vê do L. 3.^o tit. 83 § 14, só a concedeu no caso particular ali previsto. Eis como se exprime o eminente Lafayette, *Dir. das Cousas*, § 307 nt. 2:

“Das sentenças proferidas pelas relações subalternas ou por juizes de elevada cathegoria não era licito appellar, mas sim interpôr o recurso de *aggravo ordinario* para a Casa da Supplicação de Lisboa (Pereira e Souza, Seg. Lin. § 344 e seg.). Este recurso suspendia a execução da sentença por seis mezes, dentro dos quaes devia ser processado e julgado. Se o condemnado não possuia bens de raiz, era obrigado, emquanto corriam os seis mezes, a dar fiança, sob pena de se lhe fazer incontinente execução. Se porem, tinha bens de raiz, esses bens ficavam logo hypothecados ao pagamento da execução.

“Na hypothese alludida, a sentença estava como que passada em julgado, mas como por virtude do recurso não podia ser executada nos seis mezes, a Ord. concedia ao vencedor a garantia da fiança ou da hypotheca. E é esta a especialidade do caso.

“Nos outros casos, que aliás são os que entram na regra *communis*, como a sentença quando passada em julgado pode logo ser executada, não havia necessidade, no conceito da Ord., da garantia da fiança ou da *hypotheca*”.

Mas tanto não bastava; e os velhos praxistas e os antigos tribunaes, como ainda refere o citado Lafayette, estenderam o disposto na Ord. a qualquer sentença condemnatoria, passada em julgado, quer pendesse de *aggravado ordinario* quer não. Assim a doutrina e a jurisprudência generalisaram o instituto da *hypotheca judicial*.

Mais tarde ainda, como no direito francez fizera o artigo 2123 Cod. Nap., que alargou a Ord. de Moulins, o direito brasileiro rectificou aquella mesma doutrina e aquella mesma jurisprudência do direito portuguez sobre a Ord. Philippina. — A L. n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 definitivamente creou a *hypotheca judicial*, dando-lhe os característicos e efeitos que o direito moderno lhe assigna em geral. A sentença, eis que passasse em julgado, e fosse inscripta, sujeitava ao *onus hypothecario* todos os bens do devedor condemnado, presentes e futuros.

E nisto se firmava a differença que separa este do antigo instituto judicial romano, acima rapidamente historiado. E tão nitida se apresenta tal differença, que o proprio Grenier, um dos que filiavam áquelle direito o moderno instituto, reconhece: 1.º) que hoje basta a sentença condemnatoria para abrir o direito á *hypotheca*, sem que haja mister, como no direito romano, de execução e apprehensão de facto; 2.º) que entre os romanos, o direito do credor só podia ser executado nos *immoveis* em cuja posse tivesse effectivamente sido immittido, ao passo que no direito francez a *hypotheca judicial* é geral, abrangendo bens presentes e futuros.

Esta segunda differença, entretanto, desapareceu do nosso direito. O art. 3.º § 11 do Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 veio expressamente fazer dependente de especialização, para que possa ser opposta a terceiros, a *hypotheca judicial*; e o art. 201 do Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890 completou esta exigência do modo seguinte: “Tambem se considera especialisada pela importancia da sentença a *hypotheca judicial*, a qual recairá nos *immoveis* do devedor condemnado, existentes na posse d'elle, ou alienados

em fraude da sentença, que o exequente designar nos extractos do art. 50”.

E tal é a historia desta nossa especie de hypotheca.

— Quaes são os seus effeitos?

E’ vulgar que a virtude da hypotheca, como direito real assecuratorio da efficacia dos direitos pessoaes, reside nestes dous effeitos: o direito de *sequela* e o de *preferencia*.

Por força do primeiro, adhire ao immovel hypothecado de modo tão intimo e constante, que o acompanha em qualquer evolução por que elle passe. Assim, pelo direito de sequela vai o credor hypothecario penhorar o immovel nas mãos de qualquer detentor — consequencia necessaria do systema hypothecario, que vindo do fr. 17 de *pign. et hyp.* (XX, I) — *Pignus persecutio in rem parit actionem creditori* — não precisava figurar explicitamente na lei, como está no art. 6.º § 3.º do cit. Dec. n. 169 A de 1890: “Os onus reaes passam com o immovel para o dominio do comprador ou successor”.

Por força do segundo, levanta precipuamente, até integral solução da divida, o preço do immovel, com exclusão dos outros credores cujos titulos não estejam sob a mesma garantia — Lafayette, loc. cit. n. 2.

Ambos estes effeitos serão essenciaes? Só o é o primeiro, porque, na phrase do mesmo Lafayette, o direito de sequela é o proprio direito real em acção. Mas o de preferencia pode falhar á hypotheca sem que esta essencialmente desapareça. Já era assim no direito romano, no qual o *pignus prætorium*, não obstante a prioridade, nem sempre conferia preferencia — fr. 5 § 3.º de *pignor. act.* (XIII, 7); e esse é o nosso direito positivo. Dizia expressamente o art. III do Dec. n. 3453 de 26 de Abril de 1865: “A hypotheca judiciaria, sem importar preferencia, consiste somente no direito que tem o exequente de proseguir a execução da sentença contra os adquirentes dos bens do devedor condemnado”. O art. 108 do Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890 reproduz textualmente aquella disposição.

Rebouças, em suas *Observações á Consol. das Leis Civ.* de Teixeira de Freitas, acrememente censura a doutrina do art. 1278 da dita *Consolidação*, a qual reputa arbitraria. Vide entretanto a resposta de Teixeira de Freitas na not. á 2.ª edic. daquelle artigo, que parece não admittir treplica.

-
- ? — Qualquer que seja a sentença, produz ella a hypotheca judicial
Basta acompanhar Lafayette, § 209, e se terá a doutrina inteira.

CAPITULO IX

Dos recursos

ARTIGO I

Noções Geraes

§ 198

Determinação específica do vocabulo “recurso”

A palavra *recurso* tem muitas e variadas significações.

Na primeira dellas, ou significação etymologica (do latim *recursus, us*), designa o acto de alguém voltar, correndo, para o logar de onde, correndo, saíra. Neste sentido *refluxo* ou *recurso* da maré são termos synonymos. A locução *maris cursas et recursus* foi empregada por Plínio, e se traduz indifferentemente *o fluxo e refluxo* ou *o curso e o recurso* do mar.

Tambem significa *remedio*, moral ou physico. Os desgraçados *recorrem* a Deos, os doentes, ao medico, os luctadores, á força.

Significa ainda o acto de soccorrer ou acudir a outrem. Prestarás *recurso* aos que morrerem pela fé — disse Vieira. *Il monta à cheval pour RECOURRE son fils que les sergens emmenoient* — lê-se no Diccionario da Academia franceza.

Tambem significa o mesmo que *regresso*, da technica juridica. E assim a Ord. Manoelina L. 3.º

tit. 69 fallava do *recurso* do fiador contra o afiançado para se fazer indemnizar do que por elle pagou.

Significa ainda todo *remedio* contra qualquer violação de relações de direito. E neste sentido é que, no fechar o § 12, dissemos que *acção* é um remedio, *remedium juris*, porque é o *recurso judicial* para a affirmação de um direito contestado. Eis porque, na linguagem dos praxistas, os interdictos tambem se chamam *remedios*, porque são *recursos* que nos protegem das turbações ou *molestias* da posse. E neste sentido, portanto, toda *acção* é um *recurso*.

Tambem significa meio de defesa na pendencia de acção ajuizada. Assim os embargos que se offerecem como contestação a certas acções, v.g.: os embargos á assignação de dez dias e os embargos á primeira; os embargos de terceiro senhor e possuidor ; os embargos do executado; as preferencias, &. &. E tambem certos remedios preventivos, como a detenção pessoal, o arresto, o sequestro. Todos esses meios e remedios são *recursos*.

Em qual destes sentidos está aqui o vocabulo *recurso*?

Em nenhum delles, mas no proprio e technico do direito judicial, isto é, no de *provocação a novo exame dos autos para emenda ou modificação de primeira sentença* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Vêde o art. 257 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Na acção de assignação de dez dias, se o reo não oppuzer embargos, ou os que tiver opposto forem improcedentes o juiz o condemnará, e a sentença — diz o citado art. — será executada não obstante *quaesquer recursos*. Mas si os embargos são um remedio ou recurso de defesa (e isto se vê do art. 249, *ibi*: allegar por via de embargos as excepções e defesa que tiver), o vocabulo *quaesquer recursos* com que se fecha o art. 257 ha de significar coisa differente.

Vêde a Ord. L. 3.º tit. 78 § 5.º dizendo, que *a parte, que se teme ou receia de que outrem lhe faça agravo, pode RECORRER ao juiz, que o proveja como lhe não seja feito agravo*. Também este recurso não pode significar a mesma coisa que aquelle outro do cit. art. 257 do Reg. Com.

Nem é só na differença essencial encontrada nos institutos acima apontados como exemplos da multiplicidade de significados da palavra *recurso*, que tal differença se salienta. Vêde no mesmo Regulamento Commercial a disposição daquellas materias. Os embargos do executado e os embargos de terceiro fazem o corpo do título V, sob a rubrica *Dos Embargos da Parte II — Da Execução*. No entanto, os actos pelos quaes se provoca nova sentença lá estão na Parte III — *Dos Recursos*.

E é exclusivamente neste ultimo sentido que aqui tomamos aquella palavra, fazendo-a synonymo de *appellação*, na idéa de Lancelot: *Appellatio est provocatio ad maiorem iudicem, rationem gravaminis illati vel inferendi*. Mais genericamente ainda: no sentido de *remedio*, qual lhe deu Pothier, *ad Pand.*, XXI pag. I: *Absolutis jam quaecumque spectant ad iudicia, sive civilia, sive criminalia, hic recte subijcitur tractatio DE APPELLATIONIBUS: quod nempe REMEDIUM iudiciis commune est*.

§ 199

Linhas philosophicas do systema dos recursos

Já na nota 8.^a ao § 33 deixámos esboçadas as linhas philosophicas do systema dos recursos, ou do duplo grau de jurisdição. Esta envolve aquella idea. Dissemos (vol. 1.º pag. 150, 1.º) que a *appellação*, tomado este vocabulo, ali como aqui, no sentido geral de todo recurso para juiz superior (*provocatio*, dos romanos), corresponde e satisfaz a uma tendencia irresistivel da natureza humana; é a expressão legal do instincto que leva todo homem a não se sujeitar, sem reacção, ao conceito ou sentença do

primeiro censor ou juiz. E' uma lei physiologica, cuja genetriz tambem está na fragilidade humana ⁽¹⁾, e cuja representação quotidianamente se passa em qualquer esphera da vida pratica, desde a garrulice da criança até a agonia do moribundo ⁽²⁾.

Entretanto, e a despeito destas irremoviveis suggestões da phisiologia social, o direito de appellar tem doutrinariamente soffrido violenta e reiterada opposição⁽³⁾.

Começaram por vêr na appellação algo de desrespeitoso ou ultrajante para o juiz de quem se appella; mal tanto mais impertinente, que o juiz, humanamente irritavel, toma em regra como questão de amor proprio a sustentação das proprias opiniões. Depois pretenderam haver na appellação vestigios do odiado feudalismo, ao tempo em que os Principes, para sujeitarem as senhorias feudaes, lhes sonegando gradativamente a jurisdicção, crearam o systema das *appellações* e das *avocações*, pelas quaes chamavam as mais importantes causas ao conhecimento e decisão dos magistrados regios. Pretenderam ainda que o systema do duplo gráu de jurisdicção era uma inutilidade vexatoria: inutilidade porque, si os tribunaes da segunda instancia têm sempre de conhecer da causa, para que o juiz da primeira? não seria mais logico supprimil-o, proporcionando desde logo ás partes a superior garantia daquelles tribunaes? vexatoria, porque importa em maior despeza, e por tempo mais longo mantem a propriedade em vacillação, instabilidade financeira e economicamente prejudicial não só aos litigantes como á communidade. Ainda disseram ser impolitico aquelle systema, e tambem perigoso: impolitico porque, si o Estado tem o dever de proporcionar aos litigantes, pelas leis da organização judiciaria, maxima garantia de probidade e acerto, não pode vir elle

mesmo, com a criação de duas instancias, fazer sentir que a primeira não reúne aquellas condições de garantia; perigoso, porque a reforma das sentenças traz como resultado o desprestigio dos juizes de primeira instancia, com descredito do proprio poder judiciario. De resto, quem pode assegurar maior acerto juridico ou integridade moral nas decisões dos juizes da appellação?

A philosophia do direito judiciario já refutou victoriosamente estas objecções.

Ver ali ultrage ou desrespeito equivale a destruir a noção de toda a hierarchia social, e, portanto, a idéa de ordem e classificação entre os diversos órgãos do poder publico ⁽⁴⁾. Por aquelle argumento, toda a administração devera se concentrar em um poder unico, e assim chegar á quintessencia do absolutismo. Suppôr que todo juiz se irrita só porque lhe reformam as sentenças, e ao mesmo tempo concluir dahi para a hypothese da reiteração no erro, é abstrair das regras e condições que devem preceder á investidura nos officios do poder judiciario, segundo as quaes se apuram não só as aptidões intellectivas como as qualidades moraes dos juizes ⁽⁵⁾, e é outrosim, mas com flagrante incongruencia, imaginar que o juiz, assim irritavel, se sugente deliberadamente a vêr as suas sentenças reformadas quando o simples bom senso está mostrando que, á primeira reforma, tratará elle de apurar os seus estudos para em sequencia vêr suas opiniões confirmadas no tribunal superior. Esta é que é a lei physiologica; não aquella, que denota uma perversão do senso moral. Querer descobrir na doutrina dos recursos aquella *aristocracia judiciaria*, que apavorava La Rochefoucauld e os convencionarios de 1790, não passa de grosseira confusão de um facto historico, passageiro como todos os que assignalam as primeiras epocas de reformas

radicaes, com a organização legal de um systema definitivo. Si é certo, que pelas licções da historia bem se pode ajuizar do merecimento de qualquer instituto social, é tambem nas paginas daquelle immenso livro que acharemos, como licção a evitar, as deturpações que a exaltação politica de um momento dado imprimiu nesta ou aquella instituição, para assim a salvarmos de um desaparecimento, que seria tanto mais prejudicial quanto mais proveitoso é o instituto deturpado. E foi precisamente a justiça que a Assembléa Nacional franceza fez ao feudalismo e ao mesmo tempo aos fogosos reaccionarios que se lhe assentavam no seio, que salvou o direito de appellação, como melhor se verá no § seguinte.

Menos ainda valem as outras objecções.

E' certo haver Ulpiano dito que nem sempre os juizes da segunda instancia reformam para melhor as sentenças da primeira. Disse mais acerbamente ainda: disse que podem reformar para peor sentenças bem pronunciadas — *bene latas sententias in pejus reformet*. Nem nisso ha duvida, porque a verdade é, como ainda diz o mesmo texto, citado á pag. 149-150 do 1.º vol., não ser uma razão para julgar melhor o julgar por ultimo — *neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est*. Mas concluir dahi para a abolição do recurso não será o mesmo que fazer da excepção, regra? E será de boa doutrina abolir a regra, que em principio se reconhece conforme á natureza humana — sem cuja consulta não haverá direito legitimo — só porque a excepção pode raramente subverter a mesma regra ⁽⁶⁾ ?

Raramente, sim, porque mais commum é achar nos tribunaes da segunda instancia maior somma de instrucção juridica e mais independencia do que nos juizos inferiores. A mais longa pratica de julgar e

a satisfação das ambições de acesso, em geral dependente da prestação de serviços politicos, representam incontestavelmente, em favor dos tribunaes superiores, mais certa e segura garantia de justiça.

Não se contesta que ao Estado incumbe o dever de proporcionar a todos o melhor systema de organização judiciaria, e que este será tanto melhor quanto mais facil e rapidamente firmar a estabilidade das relações de direito litigiosas. Mas só na facilidade e na rapidez do processo, estará o maior merecimento da organização judiciaria ? não estará antes na melhor apuração da verdade, e, portanto, na mais reflectida decisão ? Certo é que sim; e esta melhor apuração incontestavel é que se obterá com maxima probabilidade nos tribunaes collectivos da segunda instancia, não só porque o estudo ali se aperfeiçoa pela discussão, como porque o juizo de muitos traz comsigo bem fundada presumpção de superioridade sobre o de um só.

E a estimulação ao estudo, que no espirito dos juizes inferiores exerce o systema de dous graus de jurisdicção, não bastaria para justificar por completo a doutrina dos recursos?

E todas estas vantagens não seriam suficientes para remover a ponderação do accrescimo das custas, em que importa a segunda instancia?

E si a circulação das riquezas se faz tanto mais livremente quanto mais firme é a propriedade, esta mesma firmeza não estará sempre na razão directa da firmeza do direito — firmidão que será tanto maior quanto maior tambem fôr o prestigio da sentença que declarou o mesmo direito?

Taes são os ensinamentos da doutrina, dos quaes bastava aquelle que nos mostra estar na propria natureza humana a genesis da appellação, para que

integralmente justificado ficasse o systema dos recursos.

E si ainda precisassemos reproduzir, em um só conceito, como se fôra a *synthese philosophica* da doutrina, qual a razão suprema daquelle systema, melhor não fariamos do que repetir as seguintes linhas de Mortara: *“Il contrasto tra la perfezione ideale del concetto di giustizia e la reale imperfezione del ministero giudiziario umano legittima il bisogno dei mezzi di ricorso o reclamo contro le decisioni del magistrato civile e lo consacra innanzi alla scienza⁽¹⁾”*.

⁽¹⁾ Disse-o Pisanelli, no relatório do seu Proj. de Cod. Proc. civ. ital. (pag. 190): “Il rimedio della appellazione è la conseguenza della fralezza umana. Nè la dottrina, nè l'imparzialità dei giudici possono garantire che siano sempre scevre di errori le sentenze da essi profferite. Vuolsi inoltre avvertire che, non ostante le più sollecite cure, che l'interesse proprio delle parti e l'abilità dei loro patrocinatori facciano adoperare nella difesa, vi è pur sempre il pericolo di qualche ommissione o di qualche errore che influisca sull'esito del giudizio. Quindi si rassodò il concetto generale che richiede per le cause un doppio grado di giurisdizione, mercè cui in un secondo esame, possa ripararsi all'ommissione, all'errore occorso nella difesa delle parti o nella decisione dei primi giudici”.

Eis porque acima dissemos que a necessidade da instituição dos recursos *tambem* se funda na fragilidade humana, a que não podem de todo escapar advogados e juizes. De um lado, a reacção natural de qualquer espirito que se sente contrariado ou estorvado nas proprias aspirações ou ambições; do outro, a possibilidade do erro no advogado ou no juiz, creaturas falliveis e corruptiveis — eis a *genesis philosophica* da appellação.

⁽²⁾ E' a idéa de Bentham, em sua *Organisação judiciaria*, assentando as primeiras manifestações daquelle instincto na sociedade da familia, suas primeiras explosões na criança, que das arrogancias de um irmão recorre para o juizo paterno, das asperezas do pai para a infallivel meiguice materna.

(³) Na nossa cit. nt. 8.^a ficaram resumidas as mais serias e conhecidas das objecções oppostas ao systema do duplo grau de jurisdição. Vêde-as desenvolvidamente em Bordeaux, p. 300; Mattiolo, vol. IV p. 309 da ed. de 1878; Bentham, *Org. Jud.* cap. XXVI; Saredo, 2.^o vol. p. I; Mortara, *Lo Stato moderno e la Giustizia*, VIII & &.

(⁴) Até o Direito romano já dizia expressamente não haver, na appellação, injuria alguma contra o juiz de quem se appella — *Nec enim judicem oportet injuriam sibi fieri existimare, eo quod litigator ad provocationis auxilium convolabit* — fr. 20 de *appel.*

(⁵) Verdade é, que nos ultimos tempos do direito romano, o abuso dos magistrados chegou ao ponto de procurarem elles descobrir meios de impedir e deprimir as appellações, já lhes retardando o curso sob o pretexto de as quererem referir ao imperador (fr. 2.^o *eod.*: fr. 1.^o de *relat.* C. Th.), já intimidando as partes (tit. *De his qui per metum judicis non appellaverunt*, C. Th.), já as injuriando e por fim as pondo em prisão (frs. 2, 4, 15, 22, 58 C. Th. de *appell.*). Foi até preciso se tomarem medidas repressivas de tão graves abusos — Vide o *Com.* de Mancini, Pisanelli e Scialoja, vol. VI n. 48 á pag. 35.

E tão desaforada prevaricação não devia até ser motivo para se manter o systema dos recursos ?

(⁶) E demais, como já fizemos notar no vol. 1.^o pag. 150, aquelle texto de Ulpiano — fr. 1.^o de *appel.* (XLIX, I) — foi maliciosamente truncado pelos adversarios do systema do duplo grau de jurisdição. Si é certo haver o jurisconsulto romano escripto ali aquellas palavras, convem decisivamente não perder de vista o principio do mesmo texto. Que diz ali Ulpiano ? *Appellandi usus, quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat; quippe cum iniquitatem judicantium vel imperitiam corrigat.*

Eis ahi: não ha quem ignore quão frequente e *necessario* é o uso de appellar. *Necessario*, isto é, conforme á propria vida e conservação do direito, e por isso irremovivel. E *necessario* porque? porque por elle se corrige a injustiça ou o erro das sentenças.

E não se esqueça, que devendo as leis judiciais não só consultar e servir directa e principalmente o direito das partes mas tambem, posto que reflexamente, a consciencia publica, é fóra de duvida que, como diz Pisanelli, *quando*

la causa abbia percorsi due gradi di giurisdizione la coscienza pubblica è tranquilla sul risultato dei giudizi, nè domanda altro per prestare il suo suffragio alle decisioni dei magistrati ed impartire ad esse l'autorità del giudicato.

Aquelles mesmo que, como Mortara no seu citado *Lo Stato moderno e la giustizia*, combatem a appellação por verem nella apenas o descredito da primeira instancia, não a apuração jurídica da sentença, sinão unicamente o principio da auctoridade, visto nem sempre a segunda sentença ser melhor do que a primeira — esses mesmos fazem confissões assim caracteristicamente francas: “Ma si dice: l'appello il più delle volte conduce ad una migliore istruzione dei giudizio. Questo è vero (pag. 138).” “Sarebbe puerile il negare che una causa, quanto meglio e più ampiamente istruita, otterà tanto più giusta decisione (pag. 139).”

Que mais seria preciso para completa preconisação do recurso?

Mortara, porém, vai mais longe nas suas objecções. Quando no systema do duplo grau de jurisdicção, diz elle, se cogita de reparar, não já a fraqueza do juiz, mas a impericia ou negligencia do litigante, claro é que saímos fóra do campo em que se pode levantar justa reclamação contra a sentença. Mas é absurdo acolher a arguição de injustiça contra a sentença, porque a parte errou na deducção da demanda ou da defesa. Absurdo é crear uma hierarchia de merito e de auctoridade entre os magistrados para nella buscar remedio contra o erro da parte.

E o valente escriptor fecha assim a sua objecção, apparentemente a mais séria de quantas conhecemos contra o duplo grau de jurisdicção:

“Si a tal falta ou culpa, toda pessoal da parte litigante, julga o legislador opportuno soccorrer, forneça outros meios, mas não auctorise a reclamar contra uma sentença por si mesma inatacavel. A consciencia publica, prevenida contra tão grave contrasenso, não poderia certamente continuar a ver na appellação uma garantia de justiça, mas se inclinaria a divisar nella uma insidia armada contra a boa fé e uma *diminutio capitis* infligida injustamente ao circumspecto e consciencioso magistrado, que com rectidão se pronunciou sobre os actos sujeitos ao seu conhecimento, e não poude advinhar que sentenciava em uma apparencia

de demanda em lugar de o fazer sobre o verdadeiro objecto da controversia.”

Tambem Miraglia, um dos mais respeitaveis magistrados italianos, abertamente se pronuncia contra o systema de duas instancias. Eis uma de suas mais positivas paginas, transcripta no citado livro de Mortara:

“Arduo é o problema do duplo grau de jurisdicção. Não poucos escriptores mantêm viva a controversia, e ainda *lis sub judice est*. O facto é, porém, que o duplo grau de jurisdicção se mantem em quasi todos os codigos da Europa. E o nosso codigo admite nos juizos civis o duplo grau de jurisdicção. Mas que devemos dizer deste duplo grau, nos casos em que se permite appellar das sentenças contumaciaes e produzir na appellação documentos que, si o tivessem sido na primeira instancia, teriam os juizes proferido sentença diversa? Donde vem a dolorosa consequencia de vermos na pratica descuidada a instrucção da causa em primeira instancia; de modo que hoje é sentimento vulgar, que em primeiro grau outra coisa não se faz senão *audientur partes*; omitta-se a producção dos principaes documentos; deixam-se de lado os meios valiosos de defesa; reservando-se quasi sempre fazer tudo isso perante o juiz da appellação, que pela primeira vez construiu o facto que dá logar á controversia, e levantou e resolveu as questões que se lhe prendem? Si isto é o duplo grau de jurisdicção, não valia de certo a pena crear juizes de primeira e segunda instancia, e multiplicar despesas a cargo do Estado e das partes. Oh! quanto se enganam aquelles que, pelo numero das sentenças reformadas em appellação e constantes das estatisticas judicciarias, pensam avaliar da capacidade dos juizes de primeira instancia e da justiça de suas decisões! *Se le cose dovessero continuare così, meglio sarebbe per lo interesse delle parti e per rispetto della magistratura sopprimere il doppio grado di giurisdizione.*”

Sem mesmo as ter podido conhecer assim formuladas, o eminente Bordeaux, no cap. XXV da sua *Philosophie de la Procédure Civile*, já refutára taes objecções, apenas aparentemente fundadas. Pouquissimo mais poderemos accrescentar.

Dado e reconhecido o erro, a impericia ou a negligencia da parte ou de seu patrono, e presupposta a necessidade suprema e insophismavel do *jus suum cuique tribuere*, que outro meio mais logico, rapido e barato podia o Estado

fornezer, para corrigir o julgado da primeira instancia, do que a appellação? Só haveria outro: a acção rescisoria. Escolhei, e sentireis contra esta uma serie de desvantagens, das quaes não são somenos estas duas: toda a architectura de nova demanda e a alternativa de novo erro ou de in- justiça na segunda sentença, ainda sujeita a nova appellação. E si vos repugna o systema de dous graus de jurisdição porque elle envolve, com a reforma da primeira sentença, o desprestigio do juiz da primeira instancia, que meio haverá de evitar, no caso apontado, que a primeira sentença seja reformada? A cassação, que Mortara preconisa? Mas não será identico o resultado, com a aggravante de augmento de tempo e custas ?

A consciencia publica? Mas essa é que se revoltaria si, por amor de um prestigio que aliás naquella hypothese quebra alguma soffreria, ficasse a justiça privada de tão logico e facil meio de reparação.

Não; a consciencia publica o que pede, e o que só a pode satisfazer, é que as decisões judicarias sejam apuradas em mais de uma sentença. “Não admitti mais do que um tribunal, soberano em seus arestos, e a justiça será o que deve ser, o que foi outr’ora; é a verdade legal, é a certeza; a auctoridade de suas decisões se mantem completa, porque nada a pode contestar, e com o volver do tempo, os espiritos se habitua a respeit-a e a ella se submeterem.” Contra estas palavras de Bèrenger, transcriptas em Bordeaux, pag. 304, á consciencia publica levanta o protesto da verdade pratica: Não! não é assim, porque o sentimento geral é que quanto mais se discute a causa mais se apura o direito, e nenhum de nós, litigantes presentes ou futuros, quer ou quererá se dar por definitivamente vencido logo ao primeiro julgamento. Si é certo que nada garante que em todos os casos e sempre a decisão dos tribunaes superiores seja melhor do que a dos juizos inferiores, nós, a consciencia publica, estamos convencidos de que quasi sempre assim será. E a razão a dá o citado Bordeaux nesta nota: “*Parce que les tribunaux de premier degré* (e que diremos dos nossos juizos singulares de primeira instancia?) *sont très nombreux, et parce qu’il serait impossible de les composer de magistrats choisis, puisqu’au-dessous d’eux il n’y pas de corps de magistrature ou l’on puisse faire ce choix.*”

A hypothese de Miraglia é toda gratuita, e quando realmente se generalisasse na pratica, não seria a abolição da segunda instancia o melhor meio de extirpar o abuso.

E' toda gratuita porque, em noventa e nove casos sobre cem, os advogados exgottam na primeira instancia todas as provas e argumentos de que dispõem, convencidos desta verdade palmar: ter por si a primeira sentença é ter metade do caminho conquistado. Mil vezes a posição de appellado do que a de appellante. E si, infelizmente para a nobreza da advocacia, advogados ha que tão grosseiramente relaxem os deveres da profissão ao ponto de descurarem, em todos os pontos, termos e circumstancias da causa, a mais leve ou minima occasião de ganhar terreno, não seria da melhor politica, para cortar tão grave mal, privar os outros, que são felizmente a legião do fôro, do systema dos recursos. Regulae melhor a forma processual das appellações, mas não suffocae no coração do homem, para quem unicamente se faz a lei, essa lei physiologica a que já alludimos, a que Bentham chamou de instincto, como Cicero dizia ser natural a lei da legitima defesa.

E para que as sentenças da primeira instancia não mais possam ser apenas um *balão de ensaio*, como as chamou Mortara, basta que os juizes inferiores cada vez mais se apurem no estudo e na pratica austera das funcções do seu sacerdocio — o que é o ideal da politica judiciaria.

Mas o que de todo carece de procedencia doutrinaria e pratica é o horror dos nossos adversarios á hierarchia entre os juizes. Como observa Chassan, *Organisation Judiciaire*, o excesso de independencia dos tribunaes uns a respeito dos outros só pode trazer deploravel anarchia, como mostrou a experiencia tirada do systema de igualdade entre os juizes da primeira e da segunda instancia, introduzido pela lei franceza de 16 — 24 de Agosto de 1790.

De resto, a historia nos vai immediatamente mostrar que quasi universal é o systema cuja doutrina estamos defendendo: e haverá melhor argumento em favor delle do que o consenso dos legisladores civilisados?

(⁷) Obr. cit., pag. 123 — 124.

§ 200

Esboço historico do systema dos recursos

Si extranhavel é haver opposição contra uma doutrina juridica cujos fundamentos assentam na propria natureza humana, mais o é a divergencia dos escriptores acerca da historia deste instituto judiciario. E o cumulo da extranheza é, que emquanto certos escriptores affirmam que “em todos os tempos e no seio de todos os povos se concedeu a garantia da appellação”⁽¹⁾, pretendam outros que fosse ella geralmente desconhecida nas epocas antigas ⁽²⁾.

Onde a verdade ?

Com os primeiros, emquanto se affirma a existencia do direito de appellar, pois esse existiu na origem mesma das instituições judicarias; com os segundos, emquanto se estuda a organização legal e marcha progressiva do recurso. E este é o sentimento de Dalloz.

Deixando aos mais eruditos a historia da appellação nos povos mais antigos, como os egypcios ⁽³⁾, os hebreus ⁽⁴⁾ e os athenienses ⁽⁵⁾, vemos que em Roma, desde os tempos mais remotos, se pôz em uso a *provocatio*, que mais não é sinão a forma primitiva da moderna appellação.

Segundo Cicero ⁽⁶⁾, era a *provocatio* admittida mesmo contra as decisões dos primeiros reis ⁽⁷⁾. Depois, com a separação dos poderes, nasceu propriamente a *jurisdictio*, attribuida a um magistrado, que a exercia *jure sui magistratus*; e então, para impedir ou annullar as respectivas decisões quando fosse caso, creou-se um recurso para outro magistrado — *eum appellare* ⁽⁸⁾. Com os imperadores, o systema dos recursos tomou feição e organização ordinaria e regular, e o vocabulo *appellatio* ficou

com o sentido que tem no direito moderno, ao mesmo tempo que o instituto se multiplicava em sua admissibilidade e applicação ⁽⁹⁾. Nas Institutas, no Digesto e no Código formigam passagens relativas á appellação ⁽¹⁰⁾, e o fr. 1.º *de appellationibus*, mais de uma vez já por nós invocado, é prova eloquente da ancianidade deste instituto judiciario entre os romanos.

No antigo direito germanico, comprehende-se que, emquanto todos os poderes se concentravam nas assembléas populares, não fosse possível a appellação; mas logo que, de qualquer modo que fosse ⁽¹¹⁾, os poderes se dividiram, o systema de recursos começou a ser praticado. Dos decretos de um conde, de um duque, recorria-se para a auctoridade militar superior, e nestes recursos palpitava já o sentimento que mais tarde se expandiu regularmente no systema das appellações. Qualquer que realmente tivesse sido o intuito dos principes no estabelecimento do direito dos recursos — fosse embora aquelle que mais geralmente corre entre os historiadores e jurisconsultos: o da concentração do poder nas mãos do soberano — o que é facto, é que o instituto da appellação se foi pouco a pouco generalizando para triumpho definitivo da doutrina racional ou philophica da instituição. E' certo que, na epoca do feudalismo, não encontraram os principes, no intento de enfraquecer a auctoridade dos senhores feudaes, meio mais logicamente efficaç do que, como já dissemos, as *appellações* e *avocações*. Mas os *parlamentos*, *senados*, *côrtes*, administrando justiça em grau supremo, embora o fizessem em nome do soberano, faziam-no para satisfazer ás reacções dos interesses e direitos dos litigantes revoltados contra as sentenças das auctoridades inferiores — faziam-no em grau de appellação ⁽¹²⁾.

No direito canonico não podia a appellação deixar de ter logar eminente, sinão como rigor repressivo contra os juizes inferiores que mal julgassem, certamente como reclamação piedosa “che i fedeli umilmente volgeano al padre de’credenti ⁽¹³⁾”. Tinha cabimento em qualquer causa e era muito favorecida ⁽¹⁴⁾; tanto que, por aquelle direito, licito era appellar até que houvesse tres sentenças uniformes ⁽¹⁵⁾.

No direito francez, talvez nenhuma materia do direito judiciario passasse por mais vivas e radicaes discussões do que esta do duplo grau de jurisdicção; e para não partir de mais longe, vemos o direito de appellar no caso de injustiça (que se chamava *défaulte de droit*) em plena voga ao tempo da Revolução. Tanto assim, que ao serem revolucionariamente derrubadas as ordens judiciarias, a primeira questão que em taes assumptos levantou a Constituinte foi a de saber *si haveria mais de um grau de jurisdicção ou si devia ser abolido o uso da appellação* ⁽¹⁶⁾.

E eis que voltaram á tona das controversias quasi todas as objecções já apontadas no § antecedente, e de modo especial a que melhor parecia consultar ás idéas da demagogia então triumphante, isto é, a que via nos tribunaes superiores a imagem das bominadas instituições feudaes, uma especie de *aristocracia judiciaria*, impossivel na aurora triumphal da democracia pura ⁽¹⁷⁾. Mas a onda revolucionaria passou sem submergir o direito, que na phrase do portentoso auctor de *Le Droit et la Loi*, é o insubmersível.

Veiu a Revolução de 1848. Novas tentativas demolidoras se fizeram, mas então só em nome das congestões democraticas, já que na sciencia tinha o direito inexpugnavelmente se firmado. Era preciso,

como reforma urgente, diziam os revolucionarios, supprimir as côrtes de appellação porque a *sua superioridade hierarchica choca as idéas equalitarias* ⁽¹⁸⁾. Como em 89, salvou-se a boa doutrina: o direito de appellação, como diz Bordeaux, manteve-se e se manterá ainda por muito tempo, não só como uma das necessidades, mas ainda como uma das garantias da justiça ⁽¹⁹⁾.

Nos codigos modernos mais conhecidos figura ella, com extensão mais ou menos larga, com *apparato* mais ou menos solemne ⁽²⁰⁾.

Finalmente no direito patrio, intensamente influenciado pelo direito romano e pelo canonico, outra não podia ser a doutrina adoptada. Desde os mais remotos tempos da monarchia portugueza, que as leis da metropole fallavam das appellações; e outra coisa não significam as *querimas* ou *querimonias* dos antigos Foraes. D. Affonso III (1248-1279) regulou por lei geral o direito e uso das appellações, de modo que figuraram ellas na Ord. Affonsina, e passando pela Manoelina, chegaram a occupar muitos titulos da Philippina, multiplicando-se posteriormente por uma infinidade de leis esparsas.

As leis da Republica não modificaram o direito anterior — Const. art. 59 n. II e III § 1.º; e não consta que as leis processuaes de algum Estado hajam abolido a segunda instancia.

Só nos resta, no circulo traçado ao presente curso, perlustrar a serie dos recursos que podem caber no processo ordinario civil. Com este estudo, teremos cumulativamente desenvolvido a let. b) do n. XLIX do *Programma*, deixando apontados os vicios do direito actual.

(1) Dalloz, *Répert.*, *vb. Appel civil*, n. 7. E Dalloz acrescenta — que a força mesma das cousas nos traria a esta convicção

si a historia não a viesse, de resto, fixar mediante testemunhos irrecusaveis.

(²) Béranger, *Mém. de l'Acad. des sciences mor. et polit.*, tom. 1.^o, 2.^a serie, *apud* Dalloz. “Foi somente quando houve reis, diz Béranger, que appareceram recursos para elles, em alguns casos raros, por occasião de queixas contra a prevaricação dos juizes, e algumas vezes da insufficiencia das leis. O principe decidiu só. Mais tarde, crescendo o numero de taes recursos, viu-se elle na necessidade de crear junto de si um conselho, que os examinasse; mais tarde ainda, o mesmo motivo fez multiplicar taes conselhos nas provindas, e foi assim que com o tempo se estabeleceu o uso das appellações e dos diversos graus de jurisdicção.”

(³) No testemunho de Nicolaï, *De syn. ægypt.*, p. 4 e 5, *apud* Dalloz, loc. cit. n. 4, havia entre os egypcios tribunaes de ordem differente, a cuja frente estava uma côrte suprema composta de trinta membros — e nesta hierarchia se assentava o systema da appellação. E’ deste tribunal, cujos membros eram escolhidos por Thebas, Memphis, Heliopolis, principaes cidades das tres grandes regiões em que se dividia o Egypto, que falla Cantu, *Historia univers.*, 1.^o vol. pag. 484 da trad. de Antonio Ennes.

(⁴) No *Exodo*, cap. XVIII, encontra-se estabelecida hierarchia semelhante. Vid. mais Menochio, *De repub. hebr.*, lib. I cap. 6 n. 4, citado em Dalloz. Ali se refere que o *sanhédrin*, conselho dos setenta, occupando a cupula da hierarchia, conhecia dos negocios por *appellação* dos conselhos inferiores.

(⁵) Em Athenas, era para a assembléa do povo que os cidadãos appellavam das sentenças proferidas pelos tribunaes — Vid. Plutarco, *Vies des Hom. HL, Solon*, n. 23. — Era assim tambem em Sparta — Dalloz, loc. cit. n. 9.

(⁶) *De Repub.*, II, 31.

(⁷) O que é conforme á historia do julgamento do vencedor dos Curiacios, segundo refere o mesmo Cicero, I, 26, VIII, 33.

Verdade é que Pomponio, no fr. 2 § 16 (*de orig. jur.*, I, 2) parece affirmar que a *provocatio* só appareceu depois da expulsão dos reis: “Após a expulsão dos reis crearam-se dous consules, e uma lei lhes deu auctoridade soberana. Chamaram-nos consules porque elles velavam o bem publico; entretanto, para que não usurpassem por completo a aucto-

ridade real, estabeleceu-se, por lei, que haveria *appellatio* de suas decisões, e que não poderiam elles condemnar um cidadão romano á pena capital sem ordem do povo — *lege lata factum est, ut ab eis PROVOCATIO esset, neve possent in caput civis Romani animadvertere INJUSSU POPULI*.”

Niebhur (I, 361, 557), *apud* Mancini (*Com.*, VI, 40), aplaina a contradicção dizendo, que depois da expulsão dos reis foi a *provocatio*, anteriormente reservada aos comicios curiacios, isto é, á ordem dos patricios, ampliada e concedida aos comicios populares. Tal parece a melhor licção.

Nem proceda em contrario a ponderação, fundada em Savigny, de que a *provocatio* e a *appellatio* eram instituições distintas, principalmente porque aquella só se dava nos juizos penaes, e era usada mais frequentemente para impedir do que para corrigir os julgados — cit. Mancini, pag. 30-31. Na licção do mesmo auctor do *Comentario*, as palavras *provocatio* e *appellatio* foram adoptadas promiscuamente, como se vê das passagens por elle colhidas de Plinio e Aulio Gellio, e principalmente do fr. 1.º § 1.º a *quib. appel.*: *Et quidem stultum est illud admonere a principe APPELLARE fas non esset, cum ipse sit qui PROVOCATUR*. Por outro lado, *provocatio* e *appellatio* eram *recursos* para instancia ou auctoridade superior, e é isto que, para a nossa these, basta ficar averiguado.

(⁸) Nem tão pouco obsta a licção de alguns classicos, segundo a qual, nos primeiros tempos do direito romano, não havia propriamente esse *recurso* de um para outro juizo, sinão formas muito differentes de procurar afinal uma justiça, que se pretendia negada nas decisões exequendas. Em verdade, si, v. g. Köeller, obr. cit. § LXXXII, affirma, na traducção de C. Capmas, pag. 384, *qu'il n'existait point, dans l'ancien droit romain, de voie spéciale et ordinaire de recours pour attaquer un jugement sur le fondement qu'il avait été mal rendu au fond — qu'il était injuste* — que idéa ou sentimento palpita sob a pratica daquellas outras formas sinão essa mesma lei physio-psychologica que a doutrina já nos assignalou na theoria ou doutrina dos recursos? e, portanto, que mais eram essas mesmas formas sinão outras tantas *vias de recurso*, *provações*, ou, diga-se de uma vez a palavra, *appellações*?

Assim, aquellas formas referidas no cit. Köeller, com apoio nos muitos textos por elle citados:

a) Quando o reo, negando a validade absoluta do julgado, a intrínseca existência legal e regular da pretendida *sententia*, usava da faculdade de resistir (*infitiari*) á *actio judicati*, e, em vez de consentir na execução do *judicatum*, deixava que se levantasse, sobre a realidade legal da *res judicata*, o novo *judicium* reclamado então por seu adversario, ou tomava elle mesmo a iniciativa de provocar um novo *judicium* — *in duplum revocare*;

b) Quando qualquer das partes, nos casos legaes, pedia do magistrado a *restitutio in integrum*, não somente contra a expedição da *formula*, isto é, contra um *judicium* já *dictatum et acceptum*, como também, *ex magna et justa causa*, contra a sentença proferida em virtude do dito *judicium*, e ia pedir novo julgamento do juiz a quem se confiasse a decisão;

c) Quando, por força das regras geraes do direito publico romano, qualquer cidadão, que se reputasse lesado por qualquer acto emanado de um magistrado, ou litigante por sentença que lhe parecesse injusta, pedia, em virtude de um decreto do magistrado preposto á administração da justiça, decreto que a seu respeito então baixava, que se lhe consentisse *appellar* para auctoridade de qualquer collega do dito magistrado (*appellatio collegarum*) de cathegoria superior ou pelo menos igual (*paris majorisve potestatis*), ou para a dos tribunos do povo (*appellatio tribunorum plebis*), e mediante esta intervenção ou auxilio (*intercessio et auxilii latio*), fazia sustar, si possível fosse, os effeitos do acto de que se queixava — que são ellas sinão formas extraordinarias de recurso ? Si na ultima não havia mais do que um *effeito negativo*, na phrase de Köeller, pelo qual se fazia paralisar o acto sem se lhe dar substituto — si por ella se obtinha uma cassação mas não uma reforma — que importa esta differença, si tudo satisfazia o instincto de revolta contra a injustiça do julgado, principio genetico dos recursos ?

(⁹) Vejam-se o cit. Köeller, § LXXXII, e Dalloz, v. cit. cap. 1.^o

(¹⁰) Todo o liv. 49 do Dig. e todo o tit. 62 do liv. 7 do Cod., bem como todo o liv. X tit. 30 do Cod. Theod., são consagrados á *appellatio*.

(¹¹) E' a expressão de Mancini, vol. cit. n. 49.

(¹²) Esta mesma supremacia regia foi pouco a pouco se desvigorando, até que os magistrados se emanciparam da

auctoridade do soberano, posto que a justiça continuasse a ser distribuída em nome do rei, mantida a formula “*La justice émane du Roi*”, dispensada, porém, nas sentenças, a sua assignatura — Carré, *Org. Jud.*, I, 108; Bonnier, *Org. Jud.*, cap. III.

E si a importancia das leis tambem se pode medir pela sua parte punitiva, aquelle direito fornece abundante copia de disposições demonstrativas, não só do uso das appellações como do maximo interesse em que aquelles povos tinham a defesa e garantia dos direitos privados. — Era obrigado a multa e indemnisações o juiz que dêsse sentença injusta; e si o *segundo juiz* achasse calúnia na queixa, teria o appellante de pagar certa multa ao outro. — Na lei bavara, em caso de culpa, *primeiro o vencedor* restituia o que recebera e o juiz era multado; no de dolo, ficava a sentença tolhida de qualquer effeito. — Tambem a lei dos bourguinhões multava o juiz que houvesse mal julgado. — As leis visigothicas, alem da multa, sujeitavam o juiz, que maliciosamente mal julgasse, a ser castigado em publico; e si o litigante provasse que o juiz tinha julgado com suspeição, podia fazel-o citar perante o principe. — Tambem a lei dos longobardos puniam de multa o prolator de sentença injusta. — As leis dos francos, alem da punição imposta ao primeiro juiz, expressamente davam appellação para o principe contra as injustiças dos juizes. — Vj. Mancini, loc. cit. n. 51; Boncenne, I, cap. XV.

Verdade é, que o eminente Meyer, *Instit. jud.*, I, 468, escreve, contra o que acabamos de dizer, o seguinte:

“Aucun passage de la loi salique, ni des autres lois des Germains, ni des capitulaires, *ne parle d'un appel, soit textuellement, soit virtuellement*. Partout le jugement reste valide; et lors même que le comte ou les rachimbours sont punis, nulle part il n'est question de réintégrer les condamnés, soit dans leur bonne renommée, soit dans leurs biens; si le juge est condamné pour avoir manqué à son devoir, *son arrêt n'en demeure pas moins inattaquable*”.

Conc. o cit. Mancini, n. 53.

Mas, alem de ser indifferente a circumstancia de não se encontrar nas leis salicas a palavra *appellação* textualmente escripta, uma vez que o facto da reclamação não é contestado, parece que Boncenne bem refutou a objecção de Meyer.

De facto, como pondera o profundo praxista francez, a

só idéa de um juiz superior, que pune o inferior, importa necessariamente a de um poder, que reforme a iniquidade da sentença. E si, como vimos, a parte reclamante, que fosse convencida de calúnia, tinha de pagar certa multa ao juiz reclamado, não se comprehende porque se haveria ella de expôr a tão perigosa alternativa si a sentença tivesse de produzir effeito. De resto, eis aqui um texto decisivo: *Si verò, nec per gratiam, nec per cupiditatem, sed per errorem injustè judicaverit, judicium ipsius in quo errasse cognoscitur, NON HABEAT FIRMITATEM; judex non vocetur ad culpam*. Que haverá de mais claro e positivo?

(¹³) Mancini, loc. cit., n. 55.

(¹⁴) Accrescenta este auctor, que graças ás appellações, a sede pontificia dilatava a sua influencia sobre todo o orbe catholico; e si havia increpações, fazia-se surda a Igreja e seguiva *il suo compito*. Afinal o Concilio de Trento, deferindo ás queixas do abuso das appellações, se limitou a prescrever que não fossem estas recebidas das sentenças interlocutorias, salvo si tivessem a força das definitivas.

(¹⁵) Vj. entretanto Van Espen, P. 3.^a tit. X n. XXX e seg.

(¹⁶) Dec. de 31 de Março de 1790.

(¹⁷) Os mais encarniçados adversarios da appellação foram Bérenger, La Rochefoucauld e Royer-Collard. Suas objecções se encontram no cap. XXV Liv. II da *Philos. de la Proc. civ.* de Bordeaux, que vantajosamente as refuta. Vj. ainda Mancini, vol. cit. n. 65 e segs. e Saredo, obr. cit., 2.^o vol. § LXXVIII.

(¹⁸) Que ficassem apenas os juizes de paz, que seriam electivos, e a côrte de cassação. Em cada cabeça de departamento um só tribunal representaria os graus intermediarios. *Mais les cours d'appel sont les héritières des anciens parlements, sur les fauteuils desquels elles siègent pour la plupart.* — Eis ahi o que propunham os demagogos de 48.

(¹⁹) Obr. cit., pag. 321.

(²⁰) No allemão, o liv. III é consagrado ás *vias de recurso* (*Rechtsmittel*), e se divide em tres secções comprehensivas das tres especies de recurso admittidas. A primeira é a *appellação* (*Berfuung*), admittida contra quaesquer julgamentos da primeira instancia; a segunda é a *revisão*, contra as decisões proferidas em grau de appellação pelos tribunaes superiores sobre demandas indeterminadas ou de valor ex-

cedente de 1500 marcos, mas só em caso de violação ou falsa applicação de lei applicavel em todo o Imperio, ou em territorio mais extenso do que o da circumscripção do tribunal appellado; a terceira comprehende um recurso particular denominado *Beschwerde* (aggravo ?), admissivel em casos especialmente indicados, em geral contra decisões relativas á instrucção da causa, e interposto para o tribunal immediatamente superior.

Alem destas especies de recurso, contem o Liv. IV, intitulado *Wiederaufnahme des Verfahrens* (litteralmente: continuação da instancia), duas vias extraordinarias de recurso contra sentenças passadas em julgado: a acção de rescisão (*Nichtigkeitsklage*) e a de restituição (*Restitutionsklage*).

No italiano ha tambem *meios* ou *recursos ordinarios e extraordinarios*. Aquelles comprehendem a *appellação* e a *opposição do contumaz*; estes, a rescisão, a opposição de terceiro e a cassação — classificação esta antiscientifica, como bem se vê de Mortara, *Princ. di Proc. civ.*, n. 147.

No portuguez, declara o art. 981 que os recursos são os embargos, a *appellação*, os aggravos e as cartas testemunaveis. A *appellação*, nas causas sobre estado de pessoas e sobre separação de pessoa e bens, sobre habilitação, sobre multas impostas aos litigantes de ma fé, e nas de valor excedente de 50\$000 em bens moveis ou 30\$000 em bens de raiz, e nas de competencia dos juizes ordinarios, cabe contra as sentenças ali indicadas taxativamente. Declara o art. 1129, que das sentenças proferidas nas relações cabem os recursos de *appellação*, aggravos e cartas testemunhaveis, embargos e revista.

Como se vê, ha ali prodigalidade de recursos.

Na Inglaterra, onde a complicação judiciaria é de tal modo intrincada, que seu completo estudo tem vencido muito espirito de provada elevação, a multiplicidade dos graus de jurisdicção é extraordinaria; e só para resumir, vê-se o direito de *appellação* ter entrada nestes quatro estadios da jurisdicção civil da *common law*: as côrtes de condado, as côrtes superiores da *common law*, a camara do *échiquier*, a camara dos *lords*.

Nos Estados Unidos da America do Norte, a hierarchia judiciaria, como entre nós, varia segundo se trata da justiça federal ou da justiça dos Estados. Aquella se divide pelos *juizes de districto*, *juizes de circuito* e *juizes da côrte*

suprema; esta, pelos *juizes de paz*, os *juizes de PROBATE*, os *de condado* ou *de districto*, algumas vezes um *chancellor* (*Judge in Equity*) e pelo menos em dous Estados, uma *côrte de appellação*, superior á *côrte suprema*, alem das *côrtes de Impeachment*, mas todas excepçionaes e de ordem politica — Carlier, *La Rép. Amer.*, vol. 4.º pag. 43.

Justiça estadual. — Os *juizes de paz* julgam em unica instancia as causas de valor até 50 ou 300 dollars conforme o Estado; alem, suas decisões estão sujeitas á *appellação*. Entre os *juizes de paz* e a *côrte suprema* ha tantos tribunaes de *primeira instancia* quantos são os de condado — são chamados *common pleas*. Em alguns Estados, como New-York e Rhode Island, ha maiores variantes. No primeiro, ha uma *côrte de impeachment*, uma de APPELLAÇÃO e mais onze de diversas denominações e jurisdicção differente; no segundo ha as *côrtes de common pleas* ou de *primeira instancia* e a *côrte suprema*. Das respectivas decisões ha reciprocamente *appellação*. No Estado de Massachusetts, a *côrte suprema* tem *competencia exclusiva* nas causas denominadas d'*Equity*; entretanto, para que as partes não fiquem privadas de recurso, a *côrte suprema* reunida pode conhecer ainda da causa pelo chamado *writ of error*. Ha mais: o direito de appellar está expressamente garantido em varias constituições; v. g.: de New-Jersey, art. 6.º sec. 1.º; do Tennessee, art. 6 sec. 1—4; do Alabama, art. 6.º sec. 1—7; do Mississippi, art. 6 sec. 17.

Justiça federal. — Sem descer a detalhes, indifferentes ao ponto que ora especialmente nos occupa, basta vêr a *côrte suprema* da União, cujas funcções consistem essencialmente em revêr os julgamentos das *côrtes inferiores*, modificando ou annullando suas decisões segundo as circunstancias. “Si as partes, diz Carlier, p. 107, estivessem privadas deste meio de revisão, o direito de cada um ficaria exposto a todos os azares de uma decisão insufficientemente esclarecida.” A sua jurisdicção *by way of appeal or upon a writ of error* cabe em varias circunstancias, e mais geralmente nas causas sujeitas á *common law*, de valor excedente de 5000 dollars, alem das custas e despezas.

ARTIGO II

Especies de recurso

§ 201

Noticia geral

Já dissemos que, no sentido mais amplo do direito judiciario, *recurso* é todo remedio contra qualquer violação das relações de direito. E neste sentido, *acção* é recurso. Mais particularmente, porem, dissemos que designa todo remedio contra a injustiça ou erro das sentenças. E' uma provocação a novo exame da causa ou dos autos. *APPELLATIO continet iniquitatis querelam* — naquelle vocabulo do fr. 17 *de minoribus* (IV, 4), quiz sem duvida o jurisconsulto romano enquadrar qualquer queixa ou reclamação da parte vencida ⁽¹⁾.

Mas tantos são os institutos judiciarios que no nosso direito se apresentam como remedios em um ou outro daquelles dous sentidos, que, assim como se nos afigurou impossivel dar uma definição unica de *acção* (§ 14) e de *prova* (§122), assim tambem não podemos definir, por um só conceito, o que seja *recurso*. Nem está no nosso *Programma* o estudo dos recursos no primeiro daquelles sentidos, sinão unicamente o de cada uma de suas especies no segundo delles, e que são admittidas no direito patrio. Hade ser a proposito da noticia de cada uma destas ultimas especies, que daremos a respectiva definição.

Ficam, portanto, fôra deste capitulo, os remedios que enquadriamos na classe dos recursos ou meios de defesa, que podem ser usados independentementede qualquer sentença, e taes são:

1 os embargos que se offerecem como contestação a certas acções — v. g.: os embargos ás assignações de dez dias, os embargos á primeira, e outros;

2 os embargos de terceiro senhor e possuidor contra a penhora ou arrematação e adjudicação nas execuções de sentença;

3 em geral os embargos do executado;

4 as preferencias;

5 a detenção pessoal;

6 o arresto;

7 o sequestro ⁽²⁾.

Enumerando agora os recursos propriamente ditos, estudaremos successivamente os seguintes:

1 embargos á sentença;

2 agravo;

3 carta testemunhavel;

4 appellação;

5 embargos ao accordam;

6 revista ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Foi tambem sem duvida no mesmo sentido que Baldo teve a seguinte phrase, da qual, não sabemos si com razão, Boncenne disse ser de mau gosto: *Contra venenum judicum data est theriaca appellationis*. Qualquer recurso é na verdade um antidoto.

⁽²⁾ Os de ns. 2, 3 e 4 terão breve noticia no Art. III do cap. XI — *Da Execução*.

⁽³⁾ Mesmo os recursos desta segunda classe não poderiam ser indicados sob uma só definição. Se dissessemos simplesmente, com Pereira e Souza, Ramalho, e outros, que *recursos são meios de direito tendentes á reforma das sentenças*, não daríamos nenhuma idéa da differença especifica que discrimina cada uma daquellas especies; e assim nada definiríamos. Si dissessemos com outros, como Souza Pinto, que recurso é *a provocação, que para juiz superior faz a parte aggravada por facto do juiz inferior*, deixariamos fóra da definição os *embargos á sentença* e os *embargos ao*

accordam, que são julgados pelos mesmos juizes que proferiram a sentença recorrida.

Basta, portanto, para ter uma idéa geral do assumpto, encarar os recursos como fizemos neste e no § 198: Recurso em geral é *a provocação a novo exame dos autos para emenda ou modificação de primeira sentença*.

SECÇÃO I

Embargos á sentença

§ 202

Definição

São estes embargos *o recurso que tende a obter, do juiz que deu a sentença, que elle mesmo a declare, modifique ou revogue* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Defeituosas são as definições de Pereira e Souza, Ramalho e outros DD. mais conhecidos.

Assim Pereira e Souza, § CCXCI, Ramalho, IV, I, § 2.º e Paula Baptista, § 220, dizendo que os embargos são uma *allegação articulada*, deixam fóra da definição os embargos só consistentes em direito e os de declaração, os quaes podem ser produzidos em simples petição, como, de resto, aquelles mesmos praxistas ensinam, e se vê na pratica, não obstante o Dec. de 19 de Novembro de 1784. Assim ainda Pereira e Souza, fechando a sua definição com as palavras *para o fim da sua reforma*, não comprehende sinão uma das tres especies de embargos á sentença: os *offensivos*, esquecendo os *de declaração* e os *modificativos*. Assim finalmente Paula Baptista, dizendo *para se obter a declaração ou reforma da sentença*, exclue os modificativos.

Como a palavra *reforma*, synonymo de *correcção*, *emenda*, *mudança*, pode comprehender tanto a simples modificação como a revocação, preferimos seguir a Ramalho, usando da expressão *modificar* para exprimir a simples emenda ou mudança, e *revogar*, significando a *illisão* da sentença.

Feição histórica e doutrinária dos embargos á sentença

No testemunho de Lobão, não conhecia o direito romano esta espécie de *remedio* contra as sentenças, pois só dava, contra as acções, as excepções, e contra as sentenças, as appellações. Nem nas modernas legislações estrangeiras se encontrava exemplo de tal recurso ⁽¹⁾.

Em Portugal, segundo attesta Pereira e Souza, no principio da monarchia eram desconhecidos os embargos offensivos, mas, como se vê da Ord. Affonsina L. 3.º tit. 105, só se usavam os modificativos. Mais tarde foram os offensivos também admitidos, posto que com algumas restricções ⁽²⁾, até que afinal ficou constituido em regra que qualquer sentença, interlocutoria ou definitiva, admittia o recurso de embargos ⁽³⁾. E assim o declarou expressamente o Alv. de 6 de Dezembro de 1813 ⁽⁴⁾.

Salvo raras excepções ⁽⁵⁾, vigorou entre nós, em sua amplitude, a regra da Ord. L. 3.º tit. 66 § 6º, até que o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 limitou, nas causas commerciaes, o recurso de embargos aos dous unicos casos declarados no art. 639, a saber: de declaração e de restituição de menores.

E como hoje este Reg. é applicavel a todas as causas, fóra de taes casos é inadmissivel o recurso.

Em theoria, qual o melhor systema: o da Ord., que admittia quaesquer embargos contra qualquer sentença, ou o do Regulamento Commercial? Parece que o da Ordenação, talvez com as modificações que a evolução do direito melhor suggerisse ⁽⁶⁾. Como diz o eminente Savigny ⁽⁷⁾, o melhor meio de reparar os erros judiciarios não é estabelecer um recurso, mas

uma serie de recursos. Tanto mais a causa fôr discutida e estudada, quanto mais se apurará a verdade.

Mas o que não se justifica é que se mantenha ainda o systema do Reg. Commercial. Primeiro, porque, como vamos vêr dentro em pouco, os chamados *embargos de declaração* não são, no rigor scientifico, propriamente embargos; segundo, porque os de *restituição de menores* tendem a desaparecer das disciplinas juridicas, bastando, para protecção daquella classe de pessoas, a responsabilidade dos tutores ⁽⁸⁾, nos codigos mais modernos mais vigiada ainda pela criação dos pro-tutores.

(1) Lobão, *Seg. Linh.*, N. 592 n. 2.

(2) Pereira e Souza, *Prim. Linh.* N. 594.

Estas restricções Pereira e Souza as enumera; entretanto, no estado actual do nosso direito não nos parece que devam ellas ser reproduzidas. Abolido o transito pela chancellaria, ficou sem razão de ser a primeira, conforme a qual não podiam as sentenças definitivas ser ali embargadas. Quanto á segunda, que nas execuções não admite embargos offensivos da sentença, não só é materia extranha ao ponto do processo em que ora estamos, como não deve ser tomada em absoluto. Como havemos de vêr no logar proprio, os embargos inadmissiveis nas execuções são os de *materia velha*, e taes se dizem somente aquelles cujo conteúdo tivesse sido discutido na causa principal e desprezado pela sentença exequenda.

(3) Pereira e Souza, § 292; Ramalho, loc. cit § 3.º — Ord III, 66 § 6.º; Alv. de 6 de Dezembro de 1813 & &.

Ensina Ramalho, que nas causas da competencia dos juizes de paz são inadmissiveis embargos á sentença *porque* [!! HYPERLINK "file:///estes"](file:///estes) [estes](file:///estes) juizes julgam de plano, pela verdade sabida, e sem [!! HYPERLINK "file:///recurso"](file:///recurso) [recurso](file:///recurso) algum, e cita a L. de 15 de Outubro de 1827. E' certo que sempre assim se entendeu esta lei, posto que ella, quanto ás attribuições civis dos juizes de paz (art. 5.º n. 2), não contivesse uma só palavra que expressamente excluísse recurso das respectivas sentenças. Isto vinha antes por exclusão das attribuições dos juizes de direito, em cujo nu-

mero não figurava a de conhecerem daquellas sentenças por appellação. A reforma de 1871, porem, veio modificar este ponto do nosso direito judiciario, dando esta appellação — L. n. 2033 de 20 de Setembro, art. 22. Mas ainda absolutamente nada disse quanto ao recurso de embargos á sentença. Foi afinal preciso, para que estes fossem excluídos, que expressamente os proscrevesse o art. 29 do Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873.

Bem ou mal o fez ? Penso que mal. O Estado não deve menor defesa ás relações de direito porque sejam de valor economico menor. Por outro lado, si os accordams dos tribunaes superiores e as sentenças dos juizes de direito são embargaveis, porque não o serão as decisões dos juizes de paz ? pois nestas haverá maior presumpção de acerto do que naquellas ?

(¹) Em Portugal não parou aqui a historia deste recurso. A facilidade que se lhe havia dado degenerou em abuso, para gaudio da chicana e estorvo da justiça. Veiu o Dec. n. 24 de 16 de Maio de 1832, o qual, como se exprime Nazareth, § 529 nt, “querendo obviar a taes inconvenientes, caiu no extremo opposto, acabando com este recurso.” Só com a N. Reforma Judiciaria de 1841 foi elle restaurado, mas de modo limitado. Afinal, o novo Cod. Proc. civ. regulou a materia no cap. II do tit. VII liv. II, cujo art. 989 assim dispõe: “Só admittem o recurso de embargos as sentenças proferidas em primeira instancia pelos juizes de direito, quando pozerem termo á causa, se o valor desta não exceder a 50\$000 réis sobre bens mobiliarios, ou 30\$000 réis sobre bens immobiliarios, e a causa não admittir, por sua natureza, todos os recursos nos termos do art. 42 (isto é, questões sobre competencia, estado, habilitação e multas aos litigantes de má fé, as quaes gozam de todos os recursos até o supremo tribunal)”.

(²) Já vimos uma: a que se refere ás sentenças dos juizes de paz. Outra é relativa ás sentenças sobre suspeição. Estas, findos os quarenta e cinco dias de que fallava a Ord. L. 3.º tit. 21 § 22, não podiam ser embargadas, nem mesmo quando os embargos fossem consistentes em nullidade, suborno, *ou outros semelhantes* — Ass. de 10 de Janeiro de 1619. Hoje, vigoram o Reg. n. 737 de 1850, art. 89, e o Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, arts. 135-149, que excluem o recurso — Vj. o § 112, 2.º vol. pag. 75.

(⁶) O auctor da Lei do Proc. civ. do cantão de Genebra escreveu, na *Exposição de motivos* do seu *Projecto*, algumas paginas sobre este assumpto, dignas de meditado estudo; e com tanta felicidade as compendiou nos tits. XXII e XXIII da dita Lei, que fôra para desejar que em sua maior parte as adoptassemos legislativamente.

Eis aqui a synthese do eminente Bellot.

Partindo do primeiro principio — que as sentenças nem sempre repousam na verdade e justiça, que a infallibilidade não é attributo do juiz — vê no systema dos recursos não só meio indispensavel para reparar as consequencias do erro e da injustiça, como instrumento efficaz para as prevenir. O temor da censura, da prova de segunda discussão publica, fará o juiz mais circumspecto: preservá-o-á da leviandade e da precipitação; e si o vencesse, já se não diz o interesse, mas secreto movimento de favor, haveria de o reter a só idéa de que tal esquecimento de seus deveres não daria, ao objecto de sua parcialidade, mais do que um successo ephemero.

Mas o recurso, quem deve delle conhecer: o mesmo juizo que pronunciou a primeira decisão ou juizo superior?

“O erro commettido no julgamento provem da ausencia de peças decisivas, da falsidade dos documentos produzidos, da má fé dos litigantes, circumstancias todas estas extranhas ao juiz ? é, demais, resultado de simples distracção de sua parte, tal como a omissão de um ponto capital da demanda ? não compromette nem a dignidade de seu ministerio, nem o conceito de sua integridade ? Bem se pode, sem inconveniente, e mesmo com alguma vantagem, lhe confiar o cuidado de o rectificar. Já instruido do negocio, elle poderá, melhor e mais promptamente do que outro qualquer, apreciar o merecimento do recurso. Onde algum motivo de amor-proprio o faria perseverar em um erro manifesto, cujo motivo em nada lhe offende o character?”

“Mas o recurso se funda em erro ou injustiça proveniente da ignorancia do Juiz, da sua parcialidade ou mesmo da obscuridade da lei ? Só um tribunal superior pode offerecer garantia segura”.

Os recursos da primeira classe Bellot denominou *de interpretação* e *de revisão*, os da outra, *de appellação*.

O *de interpretação* caberá nos casos em que o dispositivo da sentença contiver um vicio de redacção, ou quando os

respectivos termos se prestarem a qualquer equívoco ou ambiguidade. O juiz por elles apenas esclarece o julgamento, sem que lhe seja lícito alterar o fundo da decisão.

Tal recurso offerece duas vantagens: evitar que as partes, enganando-se sobre o verdadeiro sentido da sentença, se desvairem na execução, e prevenir as *appellações* que assentavam apenas na obscuridade da decisão.

O *de revisão* terá logar nos seguintes casos:

1.º Si, após o julgamento, se descobrirem documentos decisivos, retidos por alguma circumstancia de força maior ou por acto da parte vencedora;

2.º Si a sentença se fundou sobre peças que uma das partes, por ocasião do julgamento, ignorava terem sido já convencidas de falsidade, ou declaradas falsas posteriormente;

3.º Si a sentença se fundou sobre depoimento de testemunhas ou juramento da parte, e o auctor de alguma dessas peças já tiver sido condemnado por falso testemunho ou falso juramento;

4.º Si a decisão foi obtida por outra qualquer surpresa ou machinação fraudulenta.

Tambem se dará *revisão* das sentenças proferidas em prejuízo de menores e interdictos:

1.º Si seus tutores foram negligentes em produzir peças decisivas;

2.º Si, em se tratando de seu estado civil, omittiram-se meios pertinentes;

3.º Si houver violação das leis que especialmente os favorecem.

O recurso de *appellação* tem em regra logar das sentenças proferidas pelos tribunaes inferiores nos casos em que elles não podem funcçãoar sinão como tribunaes de 1.^a instancia nos termos da Lei sobre a organização judiciaria, isto é, alem de 500 francos (L. 14 Junho 1876).

Das sentenças nas causas que os mesmos tribunaes podem conhecer em 2.^a instancia tambem haverá *appellação*:

1.º Si taes tribunaes, por ocasião do julgamento, não estavam compostos na forma legal;

2.º Si foram violadas as regras sobre a publicidade dos debates e pronunciação da sentença;

3.º Si o dispositivo da sentença contiver alguma infracção expressa do texto da lei;

4.º Si houver contradicção entre duas sentenças proferidas por dous tribunaes inferiores entre as mesmas partes sobre o mesmo objecto e os mesmos meios.

(⁷) *Droit rom.*, VI § CCLXXXIV.

(⁸) Salvo as disposições da Lei de Genebra, conforme a not. 6.^a *supra*.

§ 204

Casos, natureza e especies deste recurso

Admittem-se embargos unicamente contra as sentenças definitivas ou que tenham a força das definitivas (¹); e podem ser *declarativos*, *modificativos* ou *offensivos*. Os primeiros podem ser produzidos por quaesquer litigantes, os outros só por menores pelo beneficio da restituição (²).

Os *embargos de declaração*, como esta palavra está dizendo, são os que tendem a pedir que o juiz esclareça ou explique alguma obscuridade ou ambiguidade da sentença ou que expresse algum ponto em que devia haver condemnação ou absolvição, e todavia foi omittido. Por via delles só é licito ao juiz *declarar a sentença já proferida*, não podendo, portanto, modificar em ponto algum a mesma sentença. A decisão sobre taes embargos está para a sentença declarada na mesma relação em que, para a lei interpretada, está a lei interpretativa: assim como esta faz parte integrante daquella, de modo que uma e outra são a mesma lei, assim tambem a sentença declarativa e a declarada se integram em uma mesma sentença (³).

Os *modificativos* são os que, sem tenderem a combater directamente a sentença em sua substancia, pedem que esta seja modificada em sua extensão ou em algum ponto accidental; os *offensivos* são os

que directamente atacam o ponto principal da decisão. Estes desfazem, aquelles moderam a sentença ⁽⁴⁾.

Os *embargos á sentença* são, por sua natureza, um remedio suspensivo; isto é, enquanto pendem de decisão, tolhem vigor á sentença, que não pode por isso ser dada á execução ⁽⁵⁾.

Mas não são meio de pedir; quer dizer, não podem as partes deduzir por via delles novas pretensões, que modifiquem o que pediram na acção ou excepção ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Costumam os auctores fundamentar esta regra na Ord. Liv. 3.º tit. 66 § 6.º, que entretanto não a enuncia assim exclusivamente. Apenas prescreve que, uma vez dada a sentença *definitiva*, não a possa o juiz mais revogar, salvo por via de embargos; o que está longe de significar que só de taes sentenças cabe o recurso de embargos.

Aliás, o § 2.º da mesma Ord. dispõe que a *interlocutoria* pode ser revogada, sem distinguir entre *interlocutoria simples* e a *mixta*.

Mas já não é licito discutir este ponto porque, mesma antes da geral applicabilidade do Reg. n. 737, no juizo civil havia o art. 14 da Disp. Prov. prohibido embargos antes da sentença final; e hoje vigora indistinctamente o art. 639 do cit. Reg., que na remissão expressa que faz ao art. 235, deixa fóra de duvida a regra do nosso texto.

Entretanto, daquella regra não se conclua que estão abolidas as petições a que se refere Moraes Carvalho na not. 398 de sua *Praxe Forense*: “Como muitas vezes as interlocutorias são menos reflectidas, podem as partes offerecer petições aos Juizes para os persuadir a reformal-as de moto proprio; este expediente é usado, não se acha prohibido, e concorre para a boa marcha dos processos”.

⁽²⁾ Assim parece que deve ser interpretado o art. 639 do Reg. n. 737, o qual, como dissemos no § anterior, não consagra boa doutrina. Pondo de parte os impropriamente chamados embargos de declaração, que nunca deverão ser repellidos, devia o Reg. ou não admitir absolutamente embargos á sentença ou admittil-os qualquer que fosse o respectivo conteúdo. Mas porque só os menores gozarão de mais este recurso? porque, salvo nos casos em que o direito

do menor tenha prejuízo porque o tutor descuro de o defender, e então deverá elle ser admittido para supprir a falta, se haverá de manter na lei judiciaria uma distincção de classes entre pessoas, si o Estado deve igualmente a todos protecção e garantia?

Nossos votos são para que se volte ao systema das Ordenações: quaesquer embargos são admittidos contra quaesquer sentenças. Quando muito, admittam-se as restricções do Cod. de Genebra.

(³) E' por esta razão que dizemos não serem propria ou rigorosamente embargos os chamados *embargos de declaração*. Por elles apenas se faz clara a sentença para que seja executada; por elles não se procura a reparação do erro ou injustiça da sentença; não são propriamente um recurso no sentido tecnico de *remedio*, sinão o unico meio de logicamente desbravar a execução de difficuldades futuramente provaveis.

(⁴) Os nossos escriptores em geral fazem densa amalgama deste recurso com os embargos que o executado pode oppôr á execução da sentença; basta vêr que no mesmo capitulo ou paragrapho tratam elles da prohibição de serem oppostos *segundos embargos* á mesma sentença e ao mesmo tempo da que se estende aos *embargos de materia velha*, coisas essencialmente distinctas. Assim vejam-se Moraes Carvalho, §§ 691-693 combinados com o § 694; Souza Pinto, § 1473 comb. com o § 1482; Ramalho, IV, I § 3.º i. f. e § 5º.

Q que sejam uns e outros se dirá nos §§ 205 e 284.

(⁵) Esta é a regra, antes induzida da propria natureza das coisas do que da letra dos textos citados pela generalidade dos escriptores, como Pereira e Souza, not. 604 e outros. — Vj. Cabedo, I, Dec. 3 n. 7, Dec. 112 n. 2; Phebo, I, Dec. 85 n. I.

Todavia, ha excepções, quaes Moraes Carvalho expõe no § 696; mas nenhuma dellas cabe no ponto em que estamos do curso do processo ordinario.

(⁶) “Não são os embargos meio legitimo de pedir, mas só de impedir” diz Souza, nt. 592, sobre Caldas *For*, Q. 22 n. 56 e Pegas *For*. c. 28 n. 533.

Entretanto Lobão, áquella nota, n. 10, distingue entre embargos do auctor e embargos do réo; e Ramalho, concordando com elle, assim resume a doutrina de Lobão:

“Sendo embargante o auctor, não pode offerecer por em-

bargos materia que mude a natureza e substancia do libello porque mudaria de acção, o que não é licito, nem ainda na replica; sendo, porem, embargante o réo, seu direito é mais (?) amplo, pois que pode offerecer não só todos e quaesquer embargos modificativos da sentença como os infringentes do julgado, oppondo toda a materia que *poderia* deduzir por excepção depois da contestação da lide, e tudo o que o juiz pode supprir ex-officio.” (cit. § 3.º nt. c).

Esta licção não nos parece conforme aos canones do direito judiciario. Primeiramente porque, como no § 56 nt. 3.º já mostrámos, falso é o preconceito segundo o qual o réo é mais favorecido do que o auctor; depois, como se disse no § 106, si na replica não é licito ao auctor, posto que possa deduzir factos novos, mudar a substancia do libello, na treplica não é licito ao réo modificar substancialmente a defesa: si o pudesse, onde ficaria o direito do auctor de contestar a defesa ?; finalmente, porque aluido ficaria o principal effeito da contestação da lide: que pendente esta, nada podem as partes innovar na respectiva posição, consoante a licção do nosso § 116 e nt. 6.

Dispa-se o direito judiciario destas conclusões logicas, e deixará elle de ser uma sciencia.

Quanto ás excepções, nem mais duvida pode haver a respeito, *ex vi* dos arts. 76 e 77 do Reg. n. 737 de 1850.

§ 205

Segundos embargos

Sob a rubrica — *Que se não venha mais que com huns sós embargos* — assim dispõe a Ord. Liv. 3.º tit. 88:

“Por se evitarem as dilações, que as partes fazem, vindo com muitos embargos, mandamos, que vindo-se com embargos a alguma sentença final, ou interlocutoria, ou a qualquer outro despacho, ou desembargo, não possam as partes vir mais que com uns sós embargos. . .

E depois de as partes virem com embargos, posto que ellas ou seus procuradores digam que têm embargos ao despacho, ou desembargo, que se deu sobre elles, não serão ouvidos com elles, nem lhes será recebida petição de agravo, nem o feito lhes será mais dado para virem com elles. . . ⁽¹⁾”

Eis ahi o que são *segundos embargos*, e como taes prohibidos: são os que a mesma parte oppõe á sentença que julgou os seus *embargos á sentença* ⁽²⁾. E a razão da prohibição está na regra geral de processo: que não ha recurso de recurso.

Esta regra, todavia, tem limitações, a saber:

1.^a Quando na ultima sentença houve innovação da primeira ⁽³⁾;

2.^a Quando a sentença comprehende varias materias e julgamentos differentes, e só a respeito de uma parte foi embargada, porque então é licito ainda vir com embargos á parte que o não foi ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Desta regra a Ord. exepтуа os embargos de suspeição *que a parte tinha a algum julgador, de que não sabia, nem tinha razão de saber, que havia de ser no feito; e sendo a tal suspeição de inimidade capital ou de algum dos juizes lhe ser em outra causa julgado por suspeito por causa, que ainda deve, ou em que haja a mesma razão.*

Um dos motivos desta regra, alem do que deriva da razão superior da suspeição, que incapacita o juiz, está explicito na cit. Ord. e no art. 95 do Reg. n. 737, isto é, que na execução não se admitte suspeição.

⁽²⁾ Diz-se: *a mesma parte... seus embargos á sentença* — porque si forem julgados procedentes os embargos, e a parte contra quem assim se julgou quizer embargar esta ultima sentença, bem o poderá fazer, porque, com relação a elle, esses são primeiros embargos — Acc. da Rel. de Ouro Preto, de 20 de Outubro de 1874 (*O Direito*, VI, 574).

⁽³⁾ Mend. P. 1.^a Liv. 3 cap. 19 n. 25. “Porque neste caso não se dá uniformidade nas sentenças, e o que na ultima se innova, vem a ser uma primeira decisão, e por isso embargavel.” P. e Souza, not. 600.

Mas esta regra não deve passar sem alguma duvida: será lícito ao juiz, conhecendo de embargos modificativos ou offensivos, innovar a decisão embargada? — Faz-se e assim se tem visto fazer muitas vezes; mas duvidamos da orthodoxia juridica de tal procedimento. Si o embargante pede que o juiz modifique ou revogue a sentença, parece que o juiz não pode ir além: ou desprezar os embargos ou recebê-los para o fim exclusivo de attender aos pontos ou materia dos taes embargos, e só nesse sentido poderá modificar ou reformar o julgado.

(⁴) “Porque neste caso ha tantas sentenças quantas são as coisas julgadas.” — Ramalho, § 4.º sobre Mendes. P. 1.ª Liv. 3º cap. 10 n. 25.

— Mas além daquellas duas limitações, os escriptores ainda enumeram os embargos de restituição, de suspeição e de declaração — Ramalho, loc. cit.; ou só os de declaração e de restituição — Paula Baptista, § 221.

Quanto aos de declaração, não ha duvida que ainda hoje assim deve ser; mas isso é consequencia natural da logica judiciaria. Si na segunda sentença ha palavras ou disposições obscuras ou ambiguas, ou omissão de pontos essenciaes, como executar a sentença sem que o juiz a declare? Mas quanto aos outros, assim já não é. Pelo que toca aos de suspeição, o mesmo Paula Baptista, na not. 3 ao cit. § 221, disse tudo, e melhor, quanto poderíamos dizer; quanto aos de restituição, parece que hoje, vigorando plenamente o Reg. n. 737, não poderão os menores, ou aquelles a quem cabe o beneficio da restituição, oppôr taes embargos si já uma vez embargaram a sentença.

Já sustentámos esta doutrina na Appell. n. 427, e assim se julgou por acc. de 3 de Outubro de 1896.

§ 206

Processo dos embargos

Deve o recurso ser interposto dentro nos dez dias seguintes á publicação ou intimação da sentença, conforme a doutrina do § 196. A sua interposição se haverá por feita e acabada com a simples petição em que se pede vista para articular os embargos.

Produzidos estes artigos, têm as partes successivamente vista por cinco dias para a respectiva impugnação e sustentação. Afinal são julgados. Mas si contiverem factos novos, que devam ser provados por testemunhas, o juiz concederá uma só dilação de dez dias para a prova, findos os quaes serão julgados ⁽¹⁾.

Este é o processo dos embargos *de restituição*; o dos chamados *de declaração* têm processo mais simples ainda: a parte os produzirá em simples petição, que se junta aos autos, para logo subir á conclusão, e o juiz decide ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 639, 644 e 645.

Vej. Paula Baptista, § 222 nt. 1, com cuja doutrina concordamos.

⁽²⁾ cit. Reg., arts. 642 e 643.

— Acontecendo que uma das partes embarga a sentença e a outra appella, qual o juiz que conhece dos embargos?

A questão tem certa difficuldade, tanto que os escriptores não concordam na respectiva solução. Assim Paula Baptista, § 218, firmando a regra segundo a qual não se pode exercer cumulativamente dous recursos, e que o de embargos á sentença deve preceder ao de appellação, de modo que a prioridade no exercicio daquelle não prejudica o uso do outro, emquanto que a prioridade no exercicio do recurso de appellação tolhe o de embargos á sentença, acrescenta: “Dahi resulta que, si uma das partes, por exemplo, usa do de embargos e a outra do de appellação, *o primeiro terá precedencia em sua respectiva marcha e julgamento.*”

Entretanto Pereira e Souza, n. 592 *i. f.*, assim se exprime: “Estando a causa appellada por uma das partes se a outra embarga, se remettem os embargos ao juizo superior, a que a causa está affecta, para ali se decidirem. Arg. da Ord. L. 3.º tit. 73.”

Nada importando á questão a circumstancia de figurar P. Baptista o caso de haver uma das partes primeiro embargado e depois a outra appellado, e P. e Souza o caso contrario, pois tal dessemelhança não altera os termos da

controversia no tocante á competencia que se trata de firmar, *ubi est veritas ?*

Nossa opinião está exarada no art. 911, comb. com o art 909, do *Proj. do Cod Proc. Civ. e Com. do Estado de S. Paulo*, concorde na de Paula Baptista:

“Art. 911. Não se admitte o exercicio cumulativo de dous recursos contra a mesma sentença.

§ un. Si uma parte usar de um recurso e outra de outro, os recursos se processarão successivamente na ordem porque estão acima enumerados.”

“Art. 909. O Codigo só admitte os seguintes recursos:

- a) embargos á sentença;
- b) agravo;
- c) appellação.”

Não me parece que proceda o argumento que em contrario P. e Souza tira da Ord. citada, nem das citações que ali mesmo faz de Silva e do *Repert. de Silva Pereira*.

E’ certo que, “*tanto que a appellação é interposta, logo a jurisdicção do juiz de que é appellado, é suspensa; e não poderá jamais innovar cousa alguma, nem attentar até que a instancia da appellação seja finalmente determinada.*”

Mas, *quid inde* — si a innovação que o juiz inferior, julgando os embargos, por ventura imprima no estado da causa, é uma consequencia logica do systema legal dos recursos? E si *non est major defectus quam defectus potestatis*, como se ha de deferir ao juiz da appellação materia que não é da competencia delle ? E si a appellação, como havemos de vêr em tempo, devolve ao juiz superior o conhecimento integral da causa e o recurso de embargos á sentença, como já vimos, só o do ponto embargado, como se ha de sujeitar o embargante aos effeitos da appellação, que elle não interpoz ? Por outro lado, si o recurso de embargos á sentença não prejudica o de appellação, poderá o embargante appellar, si na instancia superior lhe desprezarem os embargos ? Evidentemente não. Mas então como se ha de tolher á parte um recurso legal, até mais vasto do que o primeiro?

Ao espirito philosophico de Paula Baptista não escaparam estas ponderações, bastantes para justificação de nossa doutrina.

— Mas esta questão hoje só poderá se manter nos Estados cujas leis de processo não hajam adoptado a disposição do art. 733 do Reg. n. 737 de 1850, que é a mesma por nós reproduzida no cit. *Projecto*.

SECÇÃO II

Do agravo

§ 207

Definição

Aggravo é o recurso interposto para juiz superior afim de que este modifique ou reforme algum despacho nos casos expressamente determinados na lei ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Nesta definição modificamos a que havíamos dado no n. L do *Programma*. Ali tínhamos dito ser o agravo o *recurso interposto para juiz superior, nos casos expressamente definidos na lei, para que modifique ou reforme algum despacho INTERLOCUTORIO SIMPLES OU COM FORÇA DE DEFINITIVO*; mas novo estudo da matéria, e principalmente mais demorada ponderação da nt. 1.^a ao § 233 de Paula Baptista, nos decidiram na presente substituição.

O venerando auctor do *Compendio de Theoria e Pratica do Processo* assim definiu o agravo: *a provocação interposta do juiz inferior para o superior legitimo afim de obter-se reparação de certos gravames pelo, primeiro commettidos no feito antes da sentença definitiva*; e na citada nota preconisa as locuções “certos gravames” e “antes da sentença definitiva.”

A primeira corresponde á nossa *nos casos expressamente determinados na lei*; mas precisamente porque nesta *determinação expressa* está a característica differencial do agravo, é que ora temos como inutil a outra locução “antes da sentença definitiva”, correspondente á do nosso n. L do cit. *Programma*: *despacho interlocutorio simples ou com força de definitivo*. Para que dizer uma ou outra coisa si o agravo só cabe nos casos expressamente determinados na lei, quer se trate de interlocutorio simples quer de interlocutorio mixto? Por outro lado, porque dizer *antes da sentença definitiva*, si casos ha em que cabe agravo de sentença definitiva — v. g. nos casos do § 2.º do art. 15 do Reg. de

15 de Março de 1842, do art. 335 do Reg. n. 737 de 1850, do art. 4 n. 5 do Dec. de 12 de Novembro de 1873 e talvez outros ? Porque ainda dizer *antes da sentença definitiva* si dos interlocutorios mixtos de que não caiba agravo caberá appellação? Portanto, o que parece *mais simples, resumido e verdadeiro*, como quer Paula Baptista, é dizer unicamente *nos casos expressamente determinados na lei*, sem necessidade de examinar e discutir qual seja a natureza do despacho.

— Cabe ou não cabe agravo? — A lei expressamente responderá. Eis tudo.

Nem pareça impertinencia pedagogica estarmos a miudo desprezando muitas das mais conhecidas definições de varios institutos judiciarios. E' que definição errada, além de nada definir, embaralha o assumpto. Veja-se, a este respeito, v. g., a definição de Gouvêa Pinto, no *Man. de Appel. e Aggr.*, um dos classicos da materia: *é o recurso interposto da sentença interlocutoria, ou definitiva, afim de que se reforme*. Era impossivel que a adoptassemos no estado actual do nosso direito, depois que o agravo ordinario foi abolido pelos arts. 15 e 19 do Reg. de 1842 e o art. 17 declarou inadmissivel o antigo agravo de Ordenação não guardada, e principalmente por não conter a já indicada caracteristica differencial.

Nem podiamos adoptar a de Trigo de Loureiro, *Man. de Appel. e Aggr.*, § 485, que criticando a de Gouvêa Pinto, ainda adoptada pelo nosso Souza Pinto, § 1508, tambem deixa de lado o *exclusivismo casuístico* deste recurso, além de conter o erro de só se referir ás sentenças interlocutorias : *é a provocação interposta para juiz superior da sentença interlocutoria proferida pelo juiz inferior, para que seja repararada a injustiça della*. E já não vimos que das interlocutorias mixtas pode tambem caber o recurso de embargos á sentença ? e havemos de ver que tambem cabe o de appellação.

Na mesma censura incorrem as de Ramalho, h. t. § 1.º, Nazareth, § 571, Pereira e Souza, § CCCXXV e outras. A do ultimo é que hoje se fez de todo inadmissivel.

Por estas e outras difficuldades é que Moraes Carvalho, o mesmo que aconselhava os advogados a praticarem sempre algum acto quando estivessem em duvida si elle caberia ou não, porque *quod abundat non nocet*, não definiu este recurso.

Tendo no § 719 dito que recurso é *a legitima provocação do juiz inferior para o superior em razão do gravame soffrido* (o de embargos á sentença, onde fica ?), no titulo dos aggravos limita-se a dar a respectiva divisão. Nem nisto se veja systema do auctor da *Praxe Forense*, pois no § 770 define o que seja *appellação* (e mal, como mostraremos no § 219) e no § 812 a revista (de modo ainda peor).

§ 208

Noticia historica do recurso de aggravo

Em sua nota 647 nos dá Pereira e Souza os primeiros traços historicos desta especie de recurso, traços que Lobão copiosamente desenvolveu nas *Segundas linhas*, 2.º vol. pag. 49 e segs. Quanto pode interessar ás origens directas do nosso aggravo, eis aqui rapida e apertada synthese da sua evolução no nosso direito.

Por direito romano, nem de todo magistrado era licito appellar, e isto em virtude das idéas da obediencia devida aos principios auctoritarios da hierarchia judiciaria. Assim era prohibido appellar do Senado, por serem os senadores, como diz Lobão, uma parte do Corpo do Principe, e mais do delegado do Principe, do Prefeito do Pretorio, do Procurador do Sacro Palacio ⁽¹⁾. Tambem o era de algumas causas, quaes as que vêm em Strykio, Diss. 1.^a cap. 6 n. 32, e no *Us. mod.* L. 49 Tit. I § 9.

Mas o supremo sentimento da justiça tinha de temperar tão rigido systema. E se introduziram, após a restituição *in integrum*, as *supplicationes*, que não mais são do que o ovulo do nosso antigo *aggravo ordinario*. Pela *supplicatio*, sem pôr em duvida a justiça do julgado, antes confessando que

esta fôra feita, pedia a parte agravada que de novo se conhecesse da causa.

Foi assim no direito portuguez. Appellação não se interpunha de certas auctoridades judicarias: assim das Relações subalternas para a Casa da Supplicação de Lisboa, dos corregedores do cível da Côrte e da cidade de Lisboa, do juiz da Índia e Minas, dos conservadores dos estrangeiros ⁽²⁾; mas, para que se não sacrificassem sem remedio as queixas dos que se reputassem agravados por sentença de taes auctoridades, a Casa da Supplicação veio obviar tão grande mal. De dons quadros de senadores se compunha ella; dos que, como Sobre-Juizes, conheciam das appellações interpostas do districto da Côrte, e dos que conheciam dos *aggravos ordinarios*.

Mais tarde, como as Ords. Manoelinas não houvessem criado Senado e Relação na cidade do Porto, em 1582 foi este senado estabelecido, e nelle ficaram os Senadores Sobre-Juizes, julgando em 2.^a instancia, com um governador, projecção do Prefeito do Pretorio, representante do Rei, em cujo nome funcionava, e mais os *Senadores aggravistas*, para conhecerem dos agravos dos Juizes de que não era licito appellar ⁽³⁾.

Esse *agravo ordinario* cabia das sentenças definitivas e das interlocutorias com força de definitivas ⁽⁴⁾, equivalendo ás *supplicationes* dos romanos ⁽⁵⁾. Em substancia, era o agravo ordinario o mesmo que a appellação, salvo alguns pontos de dessemelhança ⁽⁶⁾.

As Ords. Affonsina ⁽⁷⁾ e Manoelina ⁽⁸⁾, porém, reduziram as appellações das interlocutorias aos dous unicos casos de damno irreparavel e de pôrem termo ao processo. Começaram de então a surgir queixas dos gravames, que com as novas disposições tinham

ficado sem remedio; queixas essas endereçadas ao Rei, sob o nome de *cartas de justiça*, as quaes, como diz Trigo de Loureiro ⁽⁹⁾, *para melhor prova ou por brevidade, eram formalisadas em instrumento*.

Tal foi a origem da nova especie de agravo, chamado de instrumento.

Mas tendo a experiencia mostrado, que mais facil e prompto seria dispensar a formalidade do instrumento quando o juiz *ad quem* tivesse a sêde do juizo dentro em cinco leguas distante da sêde do juizo *a quo*, introduziu-se para esses casos o *agravo de petição*, assim chamado porque, por simples petição do agravante, mandava o juiz *ad quem* que lhe subissem os proprios autos a fim de conhecer do agravo.

A Carta Regia de 5 de Julho de 1526, de que foi compilado o Liv. 3.º tit. 20 da Ord. Philippina — *Da ordem do Juizo nos feitos civeis* — introduziu terceira especie de agravo, a que se deu o nome de *Aggravo no Auto do Processo*, cujos casos aquella mesma Ord. indicou, e em geral se dava dos despachos interlocutorios meramente relativos á ordem do processo ⁽¹⁰⁾, e delle o juiz superior conhecia quando, por qualquer incidente, lhe subiam os autos á conclusão ⁽¹¹⁾. “Este agravo nunca se entende prohibido: por forma que ainda quando se lê na Ordenação a clausula — *sem Appellação ou Aggravo* — sempre compete aquelle recurso, entendendo-se essa clausula das outras especies de Aggravo ⁽¹²⁾.”

Não se limitavam ainda a estas as especies de agravo no antigo direito das Ordenações: havia tambem o chamado *Aggravo de Ordenação não guardada*, que si em rigor não constituia nova especie dos agravos de petição ou de instrumento, tinha todavia algumas peculiaridades exclusivas. Assim,

ao passo que estes ultimos só cabiam nos casos expressos em lei, aquelle podia ser interposto de quaesquer despachos e mesmo de sentenças definitivas, logo que o Juiz deixasse de guardar a Ordenação acerca da ordem do processo ⁽¹³⁾.

Taes eram as nossas especies de agravo quando ao direito nacional veio se juntar a Disp. Provisoria acerca da admin. da Justiça, de 29 de Novembro de 1832, a qual, no art. 14, reduziu os agravos de petição e instrumento a agravos no auto do processo. Veiu depois a L. de 3 de Dezembro de 1841, que no art. 120 expressamente revogou aquelle art. 14, restaurando a legislação anterior em materia de agravos. Depois ainda, o Dec. n. 143 de 15 de Março de 1842, regulamentando a L. de 3 de Dezembro, modificou este ponto do nosso processo civil ⁽¹⁴⁾, acabando com o chamado agravo ordinario e com o de Ordenação não guardada, pois que o seu art. 14 enumerou taxativamente tres especies, quaes são as de que trataremos nos §§ subsequentes.

O Reg. n. 737 de 1850, porem, acabou com o agravo no auto do processo, admittindo somente os de petição e instrumento. Mas como entendemos que o Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, transcripto na pag. 133 do 1.º vol., não tolheu os recursos, então em vigor no processo civil, temos ainda como admissivel esta terceira especie de agravo, nos termos do nosso § 212 *infra*.

⁽¹⁾ A Nov. 82, endereçada pelo imperador Justiniano a João, *glorioso prefeito das pretorias do Oriente, duas vezes consul e patricio*, assim se exprime no cap. 12: “Mandamos a todos os juizes que recebam quaesquer appellações. E lhes prohibimos que regeitem alguma, excepto as que forem interpostas das sentenças proferidas por Vossa Eminencia:

porque o imperio vos outorgou o privilegio de julgar em ultima instancia, introduzindo a seu respeito a retractação”.

Esta retractação está definida na Nov. 119 cap. 5.º A parte que se julgasse lesada podia vir com uma petição perante o mesmo prefeito dos pretores, ou seus conselheiros ou seus referendarios, e com esta petição se suspendia a execução da sentença até que a parte vencedora desse fiadores por valor tão grande quanto o objecto da condemnação, afim de que, si a sentença fosse retractada, as cousas voltassem ao primitivo estado, tudo se restituindo ao vencido, com os accrescimos que fossem de lei.

(2) Nazareth, *Elem do Proc. civ.*, nt. a ao § 571.

(3) Lobão, *Seg. Linh.*, 2.º vol. pag. 101, ed. de 1855.

(4) Ord. III, 84 § 4.º. Esta Ord. chama os juizes de taes feitos de *Desembargadores dos Aggravos*.

Entre taes sentenças se contavam, v. g., as que julgavam as excepções peremptorias, as que absolvião o reo, não simplesmente da instancia, mas também da acção, &.

(5) “Ordinaria hæc *Supplicatio*, quam *aggravo ordinario* vocamus, sequitur Pereira de *Revis.* c. 9 n. 4 ibi: quod gravamen alio vocabulo nuncupatur *Supplicatio ordinario*”. — Cabedo, Dec. II n. 22.

(6) Os pontos de semelhança e de dessemelhança Pereira e Souza os refere nos §§ CCCXLVI e CCCXLVII. São os ultimos os que mais nos interessam no estudo particular do agravo. Eil-os aqui:

I. O agravo era de direito restricto, não assim a appellação — Ord. III, 84 § 8.º

II. A appellação devolve ao juizo superior o conhecimento inteiro da causa e aproveita mesmo á parte que não appellou; no agravo ordinario o juiz só pode prover ao agravante, e no objecto do agravo — Ords. III, 72 pr. e § 1.º e 84 § 12.

III. O appellante podia aproveitar do beneficio da restituição verificada a hypothese da Ord Liv. 3.º tit. 68 § 6.º; no agravo ordinario só em favor dos menores se dava restituição — Ord. III, 84 § 9.º

Vj. ainda Moraes, *de Exec.*, L. 6 cap. 5. n. 4.

(7) Liv. 3.º tit. 71.

(8) Liv. 3.º tit. 53.

(9) obr. cit., Intr. § XXIII.

(¹⁰) Lobão, vol. cit., nt. final á pag. 103, nos dá uma bella synthese de todos estes recursos.

(¹¹) Ord. III, 20, 46 e 47; Moraes, *de Exec.*, VI, 5, 6.

(¹²) Pereira e Souza, N. 668.

(¹³) Ord. I, 5 § 6.º

(¹⁴) Nem nisto parára, em Portugal, a historia deste recurso. O Dec. n. 24 de 16 de Maio de 1832 reduziu os recursos das sentenças definitivas ás appellações e á revista; e os das interlocutorias ao aggravo no auto do processo. Mas cedo o Dec. de 29 de Novembro de 1836 e o de 13 de Janeiro de 1837 restabeleceram o aggravo de instrumento, e ainda depois o Dec. de 21 de Maio de 1841 restabeleceu o de petição para as interlocutorias e o recurso de embargos para as definitivas. A lei de 11 de Julho de 1849 fez novas e importantes alterações na materia, até que o Código do Processo Civil regulou definitivamente o assumpto nos arts. 1008 a 1023, admittindo aggravos no auto do processo e aggravos de petição, que em regra sobem em apartado, e, portanto, sem suspensão do processo. Os primeiros cabem do despacho que receber o recurso de appellação e declarar os seus effeitos; os segundos, de todos os outros despachos de que se não pode appellar. Estas são as regras geraes.

§ 209

Especies de aggravo

O nosso direito admite tres especies de aggravo:

- a) o aggravo de petição,
- b) o aggravo de instrumento,
- c) o aggravo no auto do processo.

Os dous primeiros reciprocamente se distinguem por uma razão de ordem geographica, e se distinguem do terceiro em razão da respectiva causa efficiente.

O que tudo se verá nas tres seguintes sub-secções.

SUB-SECÇÃO I

Do agravo de petição e do de instrumento

§ 210

O que sejam

Em regra, o *agravo de petição* é o que se interpõe quando o juízo superior está dentro de cinco leguas do juízo de onde se agrava ⁽¹⁾, e o *de instrumento*, quando essa distancia excede de cinco leguas ⁽²⁾.

Estas denominações vêm das mesmas circumstancias que assim os fizeram chamar no antigo direito. O primeiro se chama *de petição*, porque o juiz superior toma delle conhecimento nos proprios autos em que o agravante *pediu* que se lhe tomasse o agravo, e expõe os fundamentos ou razões do recurso. O segundo, *de instrumento*, pela razão contraria: porque não sobe nos mesmos autos, mas em *instrumento* separado das peças que ao agravante convierem e forem por elle apontadas.

E é por esta razão, toda de ordem material, que o agravo de petição é *suspensivo*, não assim o de instrumento. Como, pelo primeiro, fica o juízo *a quo* sem os autos, que subiram ao juízo *ad quem*, necessariamente se ha de *suspender* o curso da acção; mas como, pelo segundo, sobe o instrumento, ficando os autos, não ha necessidade de se suspender aquelle curso, pois apenas se *devolve* ao juízo superior, em separado, a decisão do ponto de que se aggravou, instrumentado como no caso convier ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Reg. de 15 de Março de 1842, art. 15.

⁽²⁾ Argum. *a contrario* do mesmo art. 15.

Dizemos em regra, por haver casos em que o agravo, qualquer que seja aquella distancia, é sempre de petição; v. g.: o que se interpõe da licença concedida para casamento, supprido o consentimento do pai ou tutor (L. de 29 de Novembro de 1775; Ass. de 10 de Junho de 1777; Reg. de 15 de Março de 1842, art. 15 i. f.), ou sempre de instrumento, v. g.: o interposto da decisão que julga a acceitação da cessão de bens do fallido (Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 135 § un.).

— Essas cinco leguas serão contadas, não da cidade ou villa em que residir o juiz *a quo*, mas dos limites do territorio sob sua jurisdição até o lugar onde estiver o juizo *ad quem* — cit. Reg., art. 9.º

Vj. uma excepção apontada na nt. 2.^a ao § seguinte.

(³) Fazemos votos para que seja reformado este ponto do nosso processo. O effeito meramente devolutivo dos recursos repugna com a razão natural de taes remedios, alem de contravir ao principio de economia, que deve informar as formulas processuaes. Si o agravo tem por fim a reparação de um gravame soffrido, porque manter esse mesmo gravame em seus effeitos enquanto o juiz superior toma delle conhecimento? porque avolumar o processo, com grande augmento de custas e despesas? si afinal é provido o agravo, que vantagem tirou o aggravado com ter proseguido na acção? e a que titulo se hade fazer mais vexatoria e dispendiosa a justiça que se devia ao aggravante?

De resto, já desapareceu a regra que levou o Reg. de 15 de Março de 1842 a fazer taes distincções. As quinze leguas a que se refere o art. 8.º ou as cinco a que ora nos referimos, representavam naquelle tempo distancia enormemente maior do que na realidade representam hoje. Eram as difficuldades de transporte, creadores de grandes demoras e faceis riscos de extravio, que impunham, contra a pureza dos principios, aquelles estorvos e encargos forenses. Mas hoje, que a viação ferrea approximou de poucas horas distancias muito maiores, não passam de atrazado tradicionalismo esta e outras instituições do processo de mais de meio seculo atrás. Entretanto, ainda o Dec. que promulgou a ultima lei sobre o casamento civil falla, no art. 120, de agravo de petição ou de instrumento *conforme a distancia do juizo ad quem*, e isso em materia de impedimentos matrimoniaes!

Todo recurso é por sua natureza suspensivo: não desnaturemos assim as coisas, agora que nada nos pode embaraçar nas reformas.

§ 211

Casos em que são admittidos

O agravo de petição e o de instrumento somente se admittirão ⁽¹⁾:

1 Das decisões sobre materia de competencia, quer o juiz se julgue competente quer não ⁽²⁾;

2 Das sentenças sobre absolvição de instancia ⁽³⁾;

3 Da sentença que não admitte o terceiro que vem se oppôr á causa ou á execução ou que appella da sentença que o prejudica ⁽⁴⁾;

4 Das sentenças nas causas de assignação de dez dias ou de seguro, quando por ellas o juiz não condemna o reo, porque provou seus embargos, ou lh'os recebe, mas o condemna por lhe parecer que os não provou ⁽⁵⁾;

5 Do despacho que concede ou denega carta de inquirição, ou que concede grande ou pequena dilação para prova de fóra da terra ⁽⁶⁾;

6 Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão, e é sempre suspensivo ⁽⁷⁾;

7 Das sentenças que julgam ou não reformados os autos perdidos ou queimados em que ainda não havia sentença definitiva ⁽⁸⁾;

8 Dos despachos de recebimento ou denegação de appellação, ou pelo qual se recebe a appellação em ambos os effeitos, ou no devolutivo somente ⁽⁹⁾;

9 Das decisões sobre erro de contas ou custas ⁽¹⁰⁾;

10 Da absolvição ou condemnação dos advogados por multas, suspensão ou prisão ⁽¹¹⁾;

II Dos despachos pelos quaes:

1.º se concede ou denega ao executado vista para embargos nos autos ou em separado;

2.º se manda que os embargos corram nos autos ou em separado ⁽¹²⁾;

3.º são recebidos ou rejeitados *in limine* os embargos oppostos pelo executado ou pelo terceiro embargante ⁽¹³⁾;

12 Das sentenças de liquidação ⁽¹⁴⁾;

13 Das sentenças de exhibição ⁽¹⁵⁾;

14 Das sentenças de habilitação ⁽¹⁶⁾;

15 Dos despachos interlocutorios que contêm!! HYPERLINK "http://dair.no"¶ damno ⊥ irreparavel ⁽¹⁷⁾;

16 Da sentença que releva ou não da deserção o appellante ⁽¹⁸⁾ ou julga deserta a appellação ⁽¹⁹⁾;

17 Dos despachos pelos quaes se concede ou denega a detenção pessoal ou o embargo ⁽²⁰⁾;

18 Da sentença que julga procedente ou improcedente o embargo ⁽²¹⁾.

Estes são os casos do art. 669, em seus 18 paragraphos, do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850; mas ainda em outros se admittem estes aggravos, a saber:

19 Da licença concedida para casamento, supprido o consentimento do pai ou tutor ⁽²²⁾; e este aggravo é sempre de petição ⁽²³⁾;

20 Das decisões sobre impedimentos para casamento ⁽²⁴⁾;

21 Das decisões sobre casamento celebrado em imminente risco de vida de um dos contrahentes, fóra da presença da auctoridade competente ⁽²⁵⁾;

22 Dos despachos pelos quaes se declara aberta a fallencia ou não ⁽²⁶⁾;

23 Da sentença que julgar ou não provados os embargos do devedor contra quem se requereu abertura de fallencia ⁽²⁷⁾;

24 Do despacho que rescindir a concordata nos casos do art. 48 da Lei sobre Fallencias ⁽²⁸⁾;

25 Da sentença que julgar as contas dos syndicos das massas fallidas ⁽²⁹⁾;

26 Da sentença que julgar a classificação dos creditos contra as massas fallidas ⁽³⁰⁾;

27 Do despacho que decreta ou não a destituição dos syndicos e dos membros da commissão fiscal das massas fallidas ⁽³¹⁾;

28 Do despacho que rejeitar *in limine* o pedido de moratoria ⁽³²⁾;

29 Do despacho que rescindir a moratoria ⁽³³⁾;

30 Da sentença que homologar a concordata preventiva ⁽³⁴⁾;

31 Do despacho que rescindir a concordata preventiva ⁽³⁵⁾;

32 Do julgamento sobre acceitação da cessão de bens do fallido ⁽³⁶⁾;

33 Da decisão que julga ou não provados os embargos que terceiro oppuzer ao sequestro ou arrecadação dos bens do fallido ⁽³⁷⁾;

34 Do despacho que decretar a liquidação forçada das sociedades anonymas e de credito real ⁽³⁸⁾;

35 Dos despachos que negam ou admittem o registro de marca ⁽³⁹⁾;

36 Dos despachos que cassam a matricula de negociante ⁽⁴⁰⁾;

37 Dos despachos pelos quaes se não manda proceder a sequestro nos casos em que elle tem logar ⁽⁴¹⁾;

38 Da decisão que pronuncia a desapropriação por utilidade publica ⁽⁴²⁾;

39 Do despacho que homologa ou corrige o arbitramento e a avaliação dos bens sujeitos á especialização das hypothecas legaes ou que os julga ou não livres ou sufficientes ⁽⁴³⁾;

40 Do despacho que nega o *cumpra-se* às sentenças dos tribunaes estrangeiros ⁽⁴⁴⁾.

⁽¹⁾ Ao tempo em que, a respeito dos aggravos, vigoravam, exclusivamente, no juizo civil o Reg. n. 143 de 15 de Março de 1842, e no commercial o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, era possivel dizer com segurança quaes os casos em que *sómente* eram admittidos os aggravos de petição e de instrumento. Mas depois ... na enxurrada de leis novas, que vai avassalando todos os dominios das relações juridicas, não raro com flagrante constrangimento dos principios da sciencia e do methodo, a muito se arriscaria aquelle que assegurasse, neste assumpto, fazer uma *numeratio perfecta*.

Sirva isto de escusa ás omissões em que provavelmente incidir o nosso paragrapho.

⁽²⁾ Ord. I, 6 § 9; III, 20 § 9; Reg. 143, art. 15 § 1.º; Reg. 737, art. 669 § 1.º; Dec. n. 5467 de 12 Novembro 1873, art. 3.º.

Duas particularidades assignalam este caso de aggravo:

1.ª Quando mesmo vigore o systema das alçadas, e a velha regra que não admittia aggravo das decisões proferidas nas causas de alçada (Ord. I, 58, 25 ; 63, 34; 65, 6 e 7; 91, 1 ; III, 54, 12), tem sempre cabimento o recurso — cit. Ord. III, 20, 9; Dec. n. 1574 de 7 de Março de 1855; cit. Dec. n. 5467, art. 3.º § 1.º e art. 9. Entretanto, o Acc. n. 3590 do 1.º de Dezembro de 1873, da Relação do Rio, decidiu o contrario!

2.ª E' sempre suspensivo, ainda quando suba por instrumento — Ass. 1.º de 23 de Março de 1786; o que constitue a excepção annunciada na nt. 2.ª ao § antecedente.

A razão destas particularidades é, que sendo a competencia a primeira condição da legitimidade do juizo, pois que, inversamente, *nullus major defectus quam defectus potestatis*, desde que uma das partes levanta a arguição de incompetencia, sem que seja esta liquidada em juizo superior nada mais o juiz arguido pode praticar no feito. E é por isto que o art. 74 do Reg. n. 737 de 1850 enumera como primeira das excepções a de incompetencia, que, com a de suspeição, obstem o proseguimento da acção.

Eis tambem porque não podemos acceitar como correcta a doutrina do accordam de 12 de Outubro de 1883, da

Relação de S. Paulo, cuja summula é assim dada n' *O Direito* (XXXIII, 223): “Pela narração dos factos feita pelo A., e não pela transmutação destes na narração da excepção de incompetencia opposta pelo R., se assegura o juiz de sua competencia para processar e julgar a causa”.

A especie era esta:

O auctor propôz acção de mutuo mercantil. O reo veio com a *declinatoria fori*, allegando que não houvera *coisa emprestada, destinada a uso commercial*, mas simplesmente conducção e entrega de quantias de dinheiro de contado feitas pelo excepto a pedido do excipiente; e apontando datas e nomeando individuos em que e a quem o excepto entregára dinheiros do excipiente, conclue pela incompetencia do juizo commercial.

A excepção foi desprezada pelos seguintes fundamentos: 1.º) porque a excepção de incompetencia é dilatoria, e por ella, portanto, não deve o juiz conhecer do fundo da questão, perimindo os direitos do auctor; e na hypothese outro fito não tinha a excepção opposta; 2.º) por não ser licito que, *ope exceptionis*, se trate de materia que, uma vez provada, illida a acção. Interposto agravo, o citado accordam lhe negou provimento.

Primeiramente, é inconcebivel que, em qualquer hypothese, possa o juiz formar opinião positiva ou negativa da sua competencia sem apreciar os factos. Todo direito nasce do facto. Em segundo lugar, antes da prova, tanto deve ser crido o auctor quanto o reo. Depois, quem disse que, si a excepção fosse julgada provada, perempto ficaria o direito do excepto a pedir, em juizo competente, o que incompetentemente havia pedido no fôro commercial ? Pois aquella excepção não é meramente dilatoria ?

Si procedesse o aresto, tambem a excepção de illegitimidade das partes difficilmente seria recebida. Como decidir, fôra do caso em que a illegitimidade provenha da manifesta insuficiencia de titulo escripto, si a parte é ou não legitima sem entrar nos elementos formadores da relação de direito em litigio ?

(³) Cit. Reg. n. 737 § 2.º

Esta absolvição pode comprehender, alem do caso já referido no § 93. a do Dec. de 10 de Julho de 1850, que no art. 2.º dá agravo da decisão de absolvição da instancia por não ter o auctor, residente no estrangeiro ou proximo

a se ausentar definitivamente, prestado fiança às custas, si requerido — Reg. n. 737 de 1850, art. 736.

— O § 2.º do art. 15 do Dec. de 15 de Março, correspondente a este ponto, fazia expressa referencia às Ords. L. 3.º tit. 14 pr. e tit. 20 §§ 18 e 22. A primeira já vimos, na not. 4 ao cit. § 93 (2.º vol. pag. 43), que só vigora em sua 1.ª parte, não tendo o Reg. n. 737 reproduzido as disposições concernentes á segunda e terceira circumducção da citação.

O § 18 da outra Ord. absolve o reo da instancia si o auctor não offerece o libello *ao termo que lhe fôr assignado*, dando agravo de petição ou instrumento. Esta disposição está modificada pelos arts. 68 a 71 do Reg. n. 737 de 1850.

Quanto ao § 22, também já vimos como deve ser entendido — Vj. § 100 e nt I (*).

(⁴) cit art. 15 § 3.º; cit. art. 669 § 3.º

A primeira parte era já disposição da Ord. L. 3.º tit. 20 § 31 *in v.: E tratando-se .. e* “abrange o caso de se negar vista para embargos de terceiro, que são uma verdadeira opposição; Silv. *ad Ord.*, Liv. 3. tit. 20 § 31 n. 6; *Prim. Linh.*, nt. 347”. Moraes Carvalho, nt. 436.

O Av. de 13 de Novembro de 1843 diz que na generalidade daquella disposição do § 31 da Ord. cit. estão comprehendidas as sentenças que nas execuções denegam vista para embargos de terceiro ou admittem estes embargos nos proprios autos ou em separado. O agravo tem logar sempre, ainda no caso de recusar o juiz admittir na causa a opposição de terceiro.

(⁵) Ord. III, 25, 2; Reg. 15 Março, 15 § 4.º; Reg. n. 737, 669 § 4.º

Eis a regra da Ord.: “E em caso que o Julgador não condemnar o reo, por lhe parecer que provou seus embargos perfeitamente dentro dos dez dias, ou lhe receber os embargos, e o condemnar por lhe parecer que os não provou perfeitamente, a parte, que se sentir aggravada, sei poderá aggravar por instrumento ou petição. Porem não se sobrestará na execução da sentença por causa do dito agravo”. Portanto, o agravo se dá sempre que o juiz recebe os embargos, sem ou com condemnação — Decis. do

(*) *Errata*. No cit. § 100, *i. f.*, se faz referencia á nt. (2), mas esta não foi impressa. Deve ser assim supprida a falta: (2) cit. Reg., art. 72.

Pres do Trib. do Com. do Rio de Janeiro, de 9 de Dezembro de 1871 — *Gaz. Jur.*, I, 525. Na 1.^a hypothese, aggrava o auctor, na 2.^a, o reo — Lobão, *Seg. Linh.*, 2.^o vol., pag. 192, n. 94. Portanto ainda, da decisão que despreza os embargos para condemnar o reo, só cabe appellação — arg. da Dec. do mesmo Trib., de 1872 — Orlando, nt. 520 ao Reg. n. 737.

(^o) Ods. I, 6, 9; III, 20, 5 e 54, 12; Reg. 15 Março, 15, 5.^o; Reg. n. 737, 669, 5.

Dizemos *para prova de fóra da terra* porque nesta só locução está melhor reproduzida a disposição do Reg.: *para dentro ou fóra do paiz*. Si o juiz não tem arbitrio para marcar dilações para prova da terra, aquella phrase do Reg. *para dentro do paiz* só se pode entender com esta ampliação: mas *fóra do logar da demanda*, isto é, *fóra da terra* (Vj. § 118).

Vj. Paula Baptista, nt. 2 ao § 216.

O Supr. Trib. Fed., por acc. de 9 de Maio de 1894, decidiu que: Do despacho que manda expedir a carta de inquirição, mas não remettida dentro do termo assignado e depois prorogado por causa de difficuldades de communicacão provenientes da revolta da armada, não cabe aggravo, só cabivel, quando o juiz concede ou denega carta de inquirição ou concede grande ou pequena dilação para dentro ou fóra do paiz.

Erit mihi magnus Apollo, quem me justificasse este aresto.

— O acc. de 28 de Agosto de 1899, do Trib. de Just. de S. Paulo (*Gaz. Jurid.*, XXI, 156), contem doutrina que não deve prevalecer, por manifestamente contraria aos principios geraes do direito judiciario.

Para prova de embargos oppostos á assignação de dez dias, requereu o réo embargante que se expedisse carta de inquirição para fóra da comarca, pedindo que se marcasse praso para o respectivo cumprimento, em cujo curso deviam depôr testemunhas e o auctor embargado. Foi-lhe denegada a carta sob o fundamento de se não poder ampliar o decendio legal. O Tribunal negou provimento ao aggravo sobre falsos fundamentos.

Não se contesta que a lei manda que o reo, em taes accões, produza e prove, *dentro em dez dias*, os embargos que tiver. Mas esta limitação não tem outro alcance, respectivamente ao organismo geral do processo, sinão este:

que naquelle decendio se computem simultaneamente as duas dilações — a articulatória ou da posição da defesa, e a probatória ou da produção das provas. Entretanto, nas outras acções o que se vê? termo para a contestação e termo para a prova, um e outro prefixados quanto ao respectivo espaço de tempo. O primeiro é, v. g., nas acções ordinarias, de dez dias, o segundo, de vinte. Podem as partes ampliar qualquer delles? Não, pois a lei os tem como improrogaveis, como em geral o são quaesquer termos judiciais.

Pois bem: circunstancias ha que podem importar ampliação a taes termos; v. g., concorrendo varios reos, o primeiro citado pode dilatar o seu termo para a contestação até que seja citado o ultimo; concorrendo prova da terra e prova de fóra da terra, os vinte dias da dilação probatória se dilatam até que volte a carta mediante a qual se deva produzir a segunda especie de prova. A condição unica é que a carta seja requerida dentro na dilação.

Mas então porque se hade dizer que, nas acções decendiarías, está o réo privado do direito de produzir prova de fóra da terra porque a respectiva carta só depois do decendio chegará cumprida, si, com os seus embargos, foi ella logo requerida? Pois a brevidade maior que a lei assigna á acção decendiaria será por tal modo vexatória, que assim violente o direito de defesa? Si o reo aqui demandado tiver toda a prova da sua defesa em Mapáos ou em Berlim, deverá só por isso ser condemnado?

(¹) Reg. 737, 669, 6.º.

Não era assim que se exprimia o Reg. n. 143, art. 15 § 6.º, mas: “Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão dos executados no caso da Ord. liv. 3 tit. 86 § 18, ou de qualquer parte em caso civil.” O Reg. n. 737 diz de maneira mais generica: Dos despachos pelos quaes se ordena a prisão.

Mas estarão ainda em vigor as disposições que decretavam a prisão civil ? Eis um ponto do nosso direito que está a pedir seria reflexão, e que precisa ser resolvido pela completa abolição dessa infamante e quasi sempre inutil medida. Si aquella mesma Ord., que sujeitava a prisão indefinida o executado que, com embargos, retardava a execução, ou concorria para que esta não se findasse dentro em tres mezes, já entrou para as collecções archeologicas

do auctoritarismo antigo; si o art. 206 do Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 já aboliu expressamente a prisão por custas; si a Ord. L. 4.º tit. 76 — Dos que podem ser presos por dividas civeis — está ou de todo revogada ou em maxima parte substituida peloCodigo Penal, que pune, não pelo facto da divida, sinão pelo dolo criminal do devedor delinquente; si a tendencia de todas as legislações modernas e os votos dos mais estimados publicistas e jurisconsultos pendem abertamente para que de vez se acabe com a prisão civil e a detenção pessoal: si mesmo, como se exprimia a Secção de Justiça do Conselho d'Estado sobre o referido Dec. n. 5737 de 1874, *em quasi todos os paizes civilizados a prisão civil já foi supprimida, e seria, portanto, um anachronismo mantel-a entre nós* (Vl. o bello artigo do eminente jurisconsulto, actual Presidente do Supremo Tribunal Federal, n' *O Direito*, VI, 159); si nos tribunaes judiciarios já a voz de varios magistrados se tem pronunciado nesse sentido — porque haverá o Congresso Nacional de eternamente dormir nas indefinidas prorogações de sua existencia legislativa, deixando que este e outros institutos do nosso direito se quedem assim desconformes com o espirito humano? assim dispares com as nossas proprias instituições politicas?

Seja a these o seguinte julgado do Trib. de Justiça deste Estado, padrão de sabedoria e justiça:

“E’ evidente que não mais tem logar a prisão civil, por contraria ao direito publico da actual organização politica, salvo as limitações que estrictamente se entendem com a transgressão da lei penal; prisão que tinha antes por motivo o interesse da parte de cuja vantagem ficava ella dependente, sendo em alguns casos de tempo indefinido, perpetua mesmo, em relação áquelle que não pudesse restituir um deposito simulado.”

Acc. de 18 de Maio de 1893 (*Gaz. Jurid.*, II, 480).

— Dá-se tambem agravo da decisão que pune com prisão e multa aos arbitros Reg. n 737, arts. 440 e 441; e Dec. n. 3900 de 1867, arts. 29 e 30.

— Do despacho que denega ordem de prisão não se dá recurso algum — Decis. do Pres. do Trib. Comm. do Rio, de 19 Fevereiro 1858 — *Chron. do Fôro*, 1859, n. 16; Acc. da Rel do Rio, de 24 de Abril de 1874 (*Gaz. Jurid.*, III, 305.)

— Os agravos por decretação de prisão são sempre Suspensivos, ainda que interpostos por instrumento — Dec. n. 5467 de 1873, art. 7.

(⁸) Ass. de 23 de Maio de 1758; Reg. n. 143, 15, 8.º, Reg. 737, 669, 7.

(⁹) Ord. I, 6, 4.º, 58, 27, III, 74 pr.; Reg. n. 143, 15, 9.º; Reg. 737, 669, 8.º

O Reg. n. 143 expressamente apenas considerava os dous casos de recebimento ou denegação de appellação; o Reg. n. 737 cortou qualquer duvida accrescentando a disposição final relativa aos effeitos da appellação, disposição que o Dec. n. 1010 de 8 de Julho de 1852 extendera ao juizo civil.

(¹⁰) Reg. n. 737, art. 669 § 9.º

“Das decisões sobre erro de contas, de custas e salarios (Ord. Liv. 1.º tit. 74 § 2.º)” — tal era a disposição do Reg. n. 143, 15, 10. Parece ser a mesma coisa, pois esses *salarios* estão sem duvida comprehendidos na palavra *custas* do Reg. n. 737.

Vj. o art. 197 do Dec. de 2 de Setembro de 1874, que dá ás partes o direito de se queixarem aos juizes, por simples petição, da percepção ou exigencia de custas excessivas ou indevidas por parte dos escrivães ou mais empregados e officiaes; e os juizes, ouvido o escrivão ou official de quem a parte se queixar, decidirá sem mais formalidade nem recurso algum.

E assim deve ser entendido este § 9.º do Reg. n. 737. Quer dizer que, quanto a erros de custas, só se dá aggravo quando taes erros estiverem já contados pelo contador do juizo.

E só cabe aggravo quanto ao modo porque a conta é feita ou o erro emana da capitulação das respectivas verbas ou de operação arithmetica — Acc. do Trib. civ. e crim. de 20 de Junho de 1894.

(¹¹) cit. art. 669 § 10; Reg. n. 143, 15 § II.

— Não se dá aggravo da decisão que condemna o advogado por injuria em cótas marginaes, escriptas por elle ou por outrem e previstas no Cod. Pen. — Acc. da Rel. do Rio, de 12 de Novembro de 1875 (*O Direito*, IX, 101).

— Dá-se aggravo da decisão pela qual o juiz de direito manda administrativamente que o curador geral dos orphãos restitua a importancia de um contrato de honorarios que

celebrou com um tutor para defesa dos direitos dos orphãos — Acc. da Rel. do Maranhão, de 21 de Fevereiro de 1887 (*O Direito*, L, 67).

— E' bem de vêr que não cabe agravo da decisão que impõe multa ao advogado por ter interposto agravo fôra de algum dos casos legaes, na forma do art. 26 do cit. Reg. n. 143. — Vj. Paula Pessoa, *Cod. Proc. Crim.*, pag. 630, nt. 309 áquelle Reg.

(¹²) cit. art. 669 § 11.

Qualquer destes casos, como o subsequente, só têm lugar em grau de execução — Decis. de Agg. do Pres. do Trib. do Com. do Rio, de 7 de Agosto de 1857 — *Chron. do Fôro* de 1859, n. 5.

— Quaes os embargos que, nas execuções, devem correr nos proprios autos ou em separado, havemos de vêr em lugar proprio.

(¹³) cit. art. 669 § II i. f.

— Cabe agravo, e não appellação, da decisão que rejeita *in limine* os embargos á penhora — Acc. do Trib. Civ. e Crim. de 25 de Julho de 1894.

(¹⁴) cit. art. 669 § 12.

Não se trata aqui sinão da liquidação de contas ou de sentenças illiquidas ou liquidadas na execução — Reg. n. 737, art. 506. Por isso:

— Não cabe agravo da sentença que decreta a liquidação de uma sociedade commercial — Acc. da Rel. do Rio de 24 de Outubro de 1879 (*O Direito*, XX, 712); id., de 15 de Novembro de 1881 (XXVI, 630).

(¹⁵) cit. art. 669 § 13.

— O agravo previsto no art. 669 § 13 é o recurso da sentença em autos de exhibição, requerida como preparatorio de accção, e não pode ser ampliado ao caso em que a exhibição é denegada na pendencia de lide, e, menos ainda, em um incidente de embargo — Acc. do Trib. civ. e crim., de 4 de Outubro de 1893 (*O Direito*, LXII, 338).

(¹⁶) cit. art. 669 § 14.

E' o caso do art. 408 deste Reg., e se trata das habilitações de herdeiros de qualquer dos litigantes, que fallece pendente a lide.

(¹⁷) cit. art. 669 § 15.

O que seja damno irreparavel, será difficil sinão impossivel firmar de modo peremptorio, vista a incrivel collecção

das variegadas decisões que neste assumpto abrilhanta o opulento museu da jurisprudencia nacional. E' por isso que este caso de agravo faz no processo civil o mesmo papel que, no criminal, Liberato Barroso dava á circumstancia agravante do motivo reprovado ou frivolo (*Quest. Prat. de Dir. Crim.*, p. 148). Serve para tudo.

Entretanto, lá está a Ord. Liv. 3.º tit. 69 bem definindo o que seja *damno irreparavel*, si para tanto não bastasse qualquer dictionario da lingua portuguesa.

Damno irreparavel se dá quando o despacho, que se diz conter damno, já não pode ser reparado pelo proprio juiz que o deu, e no mesmo feito em que foi proferido. Em uma palavra, é o damno que *não pode ser emendado*, como se exprime o § 1.º daquella Ord., que traz um exemplo typico e frisante: *assim como si o juiz julgasse que mettam alguém a tormento*. Sim; porque depois de torturado o aggravado, como emendar o damno ?

Neste exemplo está implicito aquelle elemento do *damno irreparavel*: não poder ser emendado pelo proprio juiz do despacho. Eis porque, si no accordam de 26 de Maio de 1897 (*Gaz. Jurid.*, XV, 232), o Tribunal de Justiça de São Paulo teve este conceito feliz — *não pode conter damno irreparavel a decisão que pode ser modificada pelos meios regulares de direito, opportunamente* — teria completado a noção do damno irreparavel si tivesse alludido áquelle elemento. Assim, como bem decidiu o mesmo Tribunal no accordam de 28 de Agosto de 1899 (*Gaz. Jur.*, XXI, 155), contem *damno irreparavel* o despacho que priva uma das partes do direito de escolher um perito dentre tres offerecidos pela parte contraria; porquanto, o damno que a prova poderá afinal trazer á parte assim aggravada já não será reparavel na mesma instancia da causa.

No mesmo caso está a hypothese do agravo n. 1654 (cit. *Gaz.*, XX, 213), em que, por acc. de 11 de Março de 1899, julgou-se haver damno irreparavel no despacho que lança o reo da contestação, estando elle legitimamente representado em juizo. E porque ? porque aquelle mesmo juiz, aberta a dilação probatoria pelo lançamento da contestação, já não poderá mandar que o reo se defenda por contestação ou excepção, ficando este assim irreparavelmente privado de articular e provar o seu direito.

Eis finalmente porque foi bem julgado no acc. da Rel.

do Rio de Janeiro, de 28 de Novembro de 1873 (*Gaz. Jurid.* de Perdigão, I, 398) não conter damno irreparavel o despacho que não admitte embargos antes da penhora mesmo por excesso ou erro de custas; e assim é porque o possível damno decorrente da conta errada ou excessiva pode ser pelo mesmo juiz reparado por via dos embargos nos seis dias da penhora.

(¹⁸) cit. art. 669 § 16.

Esta é a hypothese dos art. 659 e 660 do mesmo Reg.

(¹⁹) cit. § 16.

Estes dous casos, antes dos Decs. ns. 2342 de 6 de Agosto (art. 1.º § 6.º) e 5467 de 12 de Novembro de 1873 (art. 6.º), eram exclusivamente do processo commercial. Hoje, por força do Dec. n. 763 de 1890, caberiam tambem no juizo civil independentemente dos Decr. de 1873.

(²⁰) cit. art. 669 § 17.

Quanto dissemos na nota 7 sobre a prisão civil cabe aqui no que respeita á detenção pessoal. A *manus injectio* é um anachronismo nos modernos tempos.

E o que mais destôa é a disposição final daquelle § 17: “O agravo nos casos de concessão de embargo ou *detenção* não é suspensivo”. Disposição assim reproduzida no art. 7.º do Dec. n. 5467 de 1873: “Os agravos por prisão (não do despacho que concede a detenção pessoal — Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 669 § 17) terão effeito suspensivo, ainda que interpostos sejam por instrumento”.

Não é facil atinar com a razão desta differença, em todo caso attentatoria da liberdade pessoal.

(²¹) cit. art. 669 § 18.

E’ o caso do art. 335 do mesmo Reg.; e por isso, da sentença final sobre o arresto cabe este recurso e não o de appellação — Decis. de aggr. do Pres. do Trib. do Comm. do Rio, de 8 de Novembro de 1865 — *Rev. Jurid.*, 1866, pag. 91.

No mesmo sentido já se havia pronunciado o Inst. da Ord. dos Advog. braz. Em sua sessão de 20 de Maio de 1858, por proposta do illustre advogado Alvares de Azevedo, o Instituto discutiu a these: Da sentença que afinal julga improcedente o embargo, cabe agravo ou appellação:

Alvares de Azevedo e o não menos illustre Caetano Alberto opinaram pelo agravo; Bandeira de Mello pela appellação; a Russell pareceram fortes e sustentaveis os argumentos de uma e outra parte.

Afinal, por quinze votos contra dous, resolveu-se naquelle sentido (*Rev. do Inst.*, 1867, pag. 194).

A mesma solução no caso de se julgar afinal procedente o arresto — Dec. de aggr. do mesmo Trib., de 10 de Setembro de 1870 (*Gaz. Jurid.*, I, 170).

Entretanto, como se vê da not. 218 de Orlando, vária ainda é a jurisprudencia neste ponto....como em quasi todos os outros, louvado seja Deus!

(²²) Reg. n. 143 de 1842, art. 15 § 12.

(²³) cit. Reg.; Ass. de 10 de Junho de 1777. E a razão é obvia: si não fosse sempre suspensivo, em que ficaria a auctoridade paterna ou tutelar, que o aggravo respeita?

(²⁴) Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, arts. 119 e 120.

Nos casos dos arts. 8 e 17 § unico deste Dec. o aggravo é sempre de petição — cit. art. 119; nos outros, de petição ou instrumento — art. 120.

(²⁵) cit. Decr., art. 41.

(²⁶) Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, arts. 8.º e 9.º

— O aggravo interposto da sentença que declara aberta a fallencia não suspende a arrecadação dos bens, nem outras diligencias assecutorias dos direitos dos credores art. 8.º § 2.º

— O aggravo interposto da sentença que julgar provados os embargos do devedor será unicamente de instrumento.

E a razão é porque não se ha de proceder á arrecadação de bens contra quem o juiz não julgou fallido.

(²⁷) vj. not. anterior.

(²⁸) cit. Dec. art. 49 § un.

Os casos do art. 48 são: *a)* má fé do devedor concordatario; *b)* culpa ou negligencia sua ou caso fortuito que traga deterioração do activo da massa, de sorte que não possa satisfazer a concordata.

(²⁹) cit. Dec., art. 52.

(³⁰) *id.*, art. 62 § 3.º

(³¹) *id.*, art. 65 § 2.º

(³²) *id.*, art. 110 § un.

(³³) *id.*, art. 118 *in verb.*; e pela mesma forma.

(³⁴) *id.*, art. 124; mas só de petição.

(³⁵) *id.*, art. 127, *in v.*: *procedendo-se na forma do art. 49.*

(³⁶) *id.*, art. 135 § un.; mas só de instrumento.

(³⁷) *id.*, art. 150 § 4.º

— O Dec. n. 1597 do 1.º de Maio de 1855 dispõe no

art. 72 § 2.º que — “os agravos de petição ou instrumento terão lugar das decisões proferidas no processo de quebras que não forem expressamente caso de appellação (Cod. Com., arts. 851 e 860)”.

Pensa Orlando, nt. 516, que aquella disposição deve ser entendida assim: “No processo de fallencia cabe agravo de petição ou instrumento somente das decisões em que, não sendo caso de appellação, fôr admittido aquelle recurso por lei ou regulamento expresso”.

Nem parece que haja duvida a respeito; e, portanto, se nos afigura redundante hoje, aquella disposição.

⁽³⁸⁾ Quanto ás sociedades anonymas: Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 170; quanto ás de Credito real: Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 13 § 14; Reg. n. 370 de 2 de Maio, art. 351.

Este agravo é sempre de petição — disp. cit.

⁽³⁹⁾ Dec. n. 596 de 19 de Julho de 1890, arts. 43 e 64 § 3.º

⁽⁴⁰⁾ idem, art. 43.

Nos casos do art. 43 o agravo é de petição.

⁽⁴¹⁾ cit. Reg. n. 143, art. 15 § 7.º; Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 4 § 1.º

O art. 290 do Reg. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 admittia mais o recurso de agravo de petição ou instrumento do despacho que concedia o sequestro nas acções hypothecarias; mas o Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 385, dispôz que: “Realizado o sequestro, produzirá desde logo todos os seus effeitos juridicos, sem que sejam contra elle admissiveis recursos de especie alguma”. Portanto, voltou a vigorar a disposição do Reg. n. 143, que só concedia agravo do despacho denegatorio do sequestro.

⁽⁴²⁾ Dec. n. 353 de 12 de Julho de 1845, art. II; Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 54 § 2.º — Das decisões que julgam as indemnisações devidas pela desapropriação cabe appellação no effeito devolutivo somente — cit. Dec. n. 353, art. 29.

⁽⁴³⁾ Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 156.

— Não obstante o agravo, se procederá á avaliação. — art. 157.

⁽⁴⁴⁾ Dec. n. 6982 de 27 de Julho de 1878, art. 4 § 2.º

SUB-SECÇÃO II

Do agravo no auto do processo

§ 212

O que seja

Diz-se que, no processo civil, estão por completo abolidos os agravos no auto do processo: *a)* porque o art. 58 do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 assim expressamente dispõe; *b)* porque o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 não admitte outros si não o de petição e o de instrumento, e pelo Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890 este Regulamento é hoje applicavel a todas as causas do fôro civil.

Não pensamos assim.

Primeiramente, porque o Dec. n. 9549 foi expedido para regulamentar a L. n. 3272 de 5 de Outubro de 1885, e esta concerne exclusivamente ás execuções civis e commerciaes. Logo, fóra das disposições referentes a taes execuções não tem vigor algum aquelle art. 58 (¹).

Em segundo lugar, si já dissemos que só ficam fóra do Dec. n. 763 de 1890, das acções especiaes a que se refere o § unico do seu art. 1.º, o que diz respeito á estrutura formal de cada acção, mas não o que se enquadre nos principios ou regras geraes do Reg. n. 737, por isso mesmo é que somos de parecer que ainda vigora o agravo no auto do processo, pois que este tem precisamente por fim fazer com que se observem escrupulosamente as regras da morphologia de cada acção em particular; isto é, o modo legal de organizar o processo, suas formulas

peculiares e quaesquer diligencias ou actos que a praxe tenha consagrado com a reiteração capaz de construir jurisprudencia. Tudo isto é o que constitue as acções especiaes a que allude o citado paragrapho unico, e tudo isto é que o agravo no auto do processo tem por fim garantir ⁽²⁾.

Finalmente, porque seria incivil repellir um recurso sem lei que expressamente acabasse de todo com elle.

Eis porque ainda consignamos em nosso curso esta especie de agravo, que definimos: *o recurso interposto das sentenças meramente interlocutorias tendentes a ordenar o processo e que não estejam sujeitas aos agravos de petição e instrumento* ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Effectivamente, outro não foi o intuito da L. n. 3272 de 1885, como explicitamente se vê do seu art. 1.º, *in verb*: *Nas execuções civis... com as seguintes alterações extensivas IGUALMENTE ÀS EXECUÇÕES commerciaes* — e de modo mais fricante do art II: “As disposições da presente lei regerão somente *as execuções* por dividas contrahidas depois de sua publicação.”

Portanto, e sendo certo e fastidiosamente demonstrado que o poder executivo, regulamentando leis, não as pode ampliar ou restringir, aquelle art. 58 do Reg. de 1886 não passou de uma excrescencia, pois que, não havendo no processo commercial esta especie de agravo, e mandando a lei que ás execuções civis se applicassem as disposições do Reg. n. 737 relativas a *recursos de agravo* (art. 1.º), visto era que nessas execuções abolido ficava aquelle recurso. O que o Reg. não podia era o abolir em todos os termos do processo civil.

Nem seja de extranhar a materia daquelle art. 58, pois o mesmo Reg., no art. 56, contem esta disposição, realmente muito bem enquadrada no processo de execução de sentenças civis e commerciaes: “O agravo interposto do despacho sobre licença PARA CASAMENTO, supprido o consentimento do pai ou tutor, é sempre de petição E não de instrumento.” Novo... e bem escripto: aquella copulativa está ali... por estar.

— A Rel. da Bahia, por acc. de 13 de Dezembro de 1887, assim decidiu: “Que não tomam conhecimento do agravo interposto porque, sendo a acção proposta, e ainda não julgada, civil, não se acha comprehendida em nenhuma das hypotheses do art. 15 do Reg. de 15 de Março de 1842, não tendo applicação a lei de 5 de Outubro de 1885 e respectivo regulamento, *que é relativa ás execuções.*” (*Direito*, XLVI, 631).

(²) Nem ha razão para que de todo se proscreva a regra, de antiquissimo direito, segundo a qual — *por mais que qualquer Ordenação ou Lei prohiba em algum caso appellar, ou aggravar, nunca se julga excluido e prohibido o agravo no auto do processo* — Lobão, *Seg. Linh.*, 2.º vol. pag. 199-200, *apud* Leitão, *de Gravamin.*, Q. 5 n. 1 e Q. 6 n. 6 e Pegas, Tom. 15 *ad Ord.* L. 3.º T. 20 § 47 n. 76. — Proscrever, porque? Si ao menos fosse apontado o texto de lei derogatorio do art. 18 do cit. Dec. n. 143 de 1842, que expressamente consigna, com explicita referencia ás Ords. Liv. 1.º tit. 8.º § 2.º e Liv. 3.º tit. 20 §§ 46 e 47, nunca revogadas, sinão modificadas quanto aos casos de agravo de petição ou de instrumento...

Será muita vez inefficaz, visto como seu julgamento, hoje só possivel quando o processo subir por appellação da sentença definitiva, já virá tardiamente? *Quid inde?* Bastaria que um caso de efficacia houvesse para que ficasse legitimado o recurso. Como bem diz Moraes Carvalho, nt. 442, *para que tanto rigor com um recurso que não produz o menor mal á marcha do processo?*

(³) Defeituosas são varias das definições conhecidas. Assim Pereira e Souza, § CCCXXXVIII, dando como differença especifica deste agravo: *a)* o se interpôr de interlocutorias simples, *b)* por termo nos autos, *c)* e ser julgado quando estes subirem por qualquer incidente, não completa a noção do agravo no auto do processo, poisque as circumstancias formaes de ser tomado por termo nos autos e de não subir logo, não concernem á natureza do agravo sinão ao modo de ser processado, e de se interpôr de interlocutorias simples não é caracteristico exclusivo de tal especie de agravo.

Souza Pinto define assim (§ 1554): é o que se *interpõe das interlocutorias, que tendem a ordenar a ordem do processo.* Afóra a infelicidade daquelle *ordenar a ordem*, é falsa a definição, pois que, de certas interlocutarias que tendem

a ordenar o processo, cabe agravo de petição e instrumento, e algumas de maximo interesse; v. g. nos casos 5 e 8 do § 211 *supra*.

Na mesma censura incide a definição de Ramalho, IV, IV, III § 1.º

Foi para evitar esses defeitos, que, sobre Moraes Carvalho, § 759, mais resumidamente dissemos — *interlocutorias que não estejam sujeitas aos agravos de petição e instrumento*.

§ 213

Casos em que tem logar

Dispõe o art. 18 do Dec. n. 143 de 15 de Março de 1842:

“Os agravos no auto do processo que se interpõem das sentenças meramente interlocutorias, que tendem a ordenar o processo, só poderão ser admittidos nos casos expressamente contéudos nas Ordenações, Leis e Assentos, que regulam a ordem do Juizo...”

Mas como varios desses casos passaram a ser de agravo de petição e de instrumento ⁽¹⁾, ficou aquella disposição limitada pelos termos da nossa definição. Quaes, porem, sejam hoje os casos deste agravo, não é possível dar em lista perfeitamente exacta: serão tantos quantos o eram pelas Ordenações, leis e assentos e que, por leis posteriores, não estão enquadrados nos arts. 15 do Dec. n. 343 e 669 do Reg. n. 737 ou não foram expressamente convertidos em agravo de petição e instrumento, e em se tratando de alguma das acções especiaes a que allude o art. 1.º § un. do Dec. n. 763 de 1890 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ V. g.: caso da Ord. III, 20 § 5.º sobre assignação de dilações, que passou para o art. 15 § 1.º do Dec. n. 143

de 1842; o da Ord. III, 70 § 8.º sobre recebimento de appellação, hoje do § 9.º do cit. art. 15 & &.

(-) V. g.: nas acções de embargo de obra nova, penso caber agravo no auto do processo do despacho que despreza os artigos de attentado — Ord. III, 20 § 3.º; Valasco, *Cons.* 156 n. 31; Leitão, *de Gravamin.* Q. 1 n. 16, Q. 5 n. 26; não assim, do que julga provados os ditos embargos —deste ultimo cabe o recurso de appellação — Pereira e Souza, Nt. 668. No processo de inventario e partilhas, tambem ainda cabe este recurso de todos os despachos sobre os respectivos incidentes — Gouvêa Pinto, *Man. de Appel. e Aggr.*, cap. 7.º n. 12; Lobão, loc. cit. n. 126, que affirma *se ter assim, julgado muitas vezes nas Relações*.

— Mas quando o incidente versa sobre alguma questão *prejudicial*, como se algum dos pretendentes é ou não co-herdeiro, visto é não caber este recurso, porque então se suspende o curso da *fam. ercisc. actio* até que a prejudicial seja decidida —Valasco, *de Partion.*, cap. 2 n. 21.

— Assim tambem com questão sobre nullidade do testamento, que deverá regular a partilha — Pegas, Tom. 7 á Ord. L. 1.º tit. 87 § 4 n. 9. Terá então logar a appellação —cit. Lobão.

SUB-SECÇÃO III

Do Processo dos agravos

§ 214

A) Do agravo de petição

Os agravos de petição podem ser interpostos ⁽¹⁾: *a)* em audiência, *b)* em cartório por termo nos autos, *c)* por petição, reduzida a interposição a termo nos autos, dentro em cinco dias contados da intimação ou publicação da decisão de que se agrava ⁽²⁾. O agravo interposto no cartório do escrivão por termo nos autos não depende de despacho do juiz ⁽³⁾.

Interposto o agravo, vão os autos, sem perda de tempo, com vista ao advogado do agravante para minutar, dentro em vinte e quatro horas improro-

gaveis, seu recurso, findas as quaes deverá entregar os autos ao escrivão, que immediatamente os fará conclusos. O Juiz, no prazo de quarenta e oito horas, dará o seu despacho, ou para reformar a decisão agravada, ou para a sustentar; e neste caso, dando as razões do seu despacho, mandará que subam os autos á instancia superior ⁽⁴⁾.

Terminadas estas diligencias deverão os autos ser apresentados na superior instancia dentro em dous dias, si o juizo *ad quem* estiver no mesmo lugar do juizo *ad quo*, aliás, ou serão os mesmos autos entregues na administração do correio dentro no mesmo prazo, ou apresentados no juizo superior nos ditos dous dias, e mais tantos quantos forem precisos para a viagem, na razão de quatro leguas por dia ⁽⁵⁾.

Apresentados os autos no juizo *ad quem*, se lavrará termo da respectiva apresentação, afim de se conhecer si esta se fez em tempo, aliás não se tomará conhecimento do recurso ⁽⁶⁾.

No modo da discussão e julgamento do agravo na superior instancia se observará o regimento do respectivo juizo ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ No acto da interposição deste agravo, bem como no da interposição do de instrumento, deverá o agravante apontar a disposição da lei em que expressamente fundamenta o recurso; e isto porque, “quando os agravos forem interpostos de despachos ou sentenças não comprehendidas em lei expressa, o juiz *a quo* o declarará por seu despacho que os não admite por illegaes, condemnará as partes nas custas do retardamento, e imporá aos advogados que tiverem assignado as petições e minutas as multas respectivas” — Dec. n. 143 de 1842, art. 26.

⁽²⁾ cit. Dec. n. 143, art. 19.

As petições e minutas de agravo, quer de petição, quer de instrumento, só poderão ser assignadas por advogado constituido nos autos; o que igualmente se observará a

respeito das respostas ou contestações dos agravados no agravo de instrumento (*infra*, § 215); os termos de interposição bastam ser assignados pelas partes ou seus procuradores — cit. Dec. art. 25.

(3) Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 11.

(4) cit. Dec. n. 143, art. 20.

(5) *id.*, art. 21.

(6) *id.*, art. 22.

(7) Não ha remedio sinão nos limitarmos a este conceito, que fôra digno do já agora celebre conselheiro Acacio, si não exprimisse um dos mais graves symptomas de um grande mal: a mania de reformas quotidianas, sempre inspiradas pelo sabor deste ou daquele individuo que ephemeramente se guinda até a altura de legislador, nunca pela imposição collectiva e experiente de uma necessidade reiteradamente sentida.

Dissemos em nosso § 45, que nesta quadra de instabilidade legislativa, correria o risco de vêr dentro em breve prejudicado o seu trabalho quem se mettesse a commentar as nossas leis de organização judiciaria — que o mesmo fôra que escrever na areia. Dous annos ainda não são passados, e eis que de novo estamos experimentando tão incommoda quão nefasta verdade. Bem dizia Voltaire — que, a multiplicidade de leis em um estado é como a abundancia de medicos: indica doença e fraqueza. Que diria elle, não da multiplicidade, mas da versatilidade das nossas leis ? talvez se lembrasse de nos equiparar ao doente que está a cada momento mudando de cabeceira... um moribundo.

Nesse trabalho, que Lehr, no pref. do seu *Droit civil anglais*, chama de *mosaico*, em que o legislador leva, cada anno, a modificar pontos de detalhe, só ha de estavel uma coisa: o proposito de perturbar a segurança e o gozo da existencia juridica.

O nosso Tribunal de Justiça de 1901 já não é o mesmo de 1899, e na reforma das suas linhas organicas lá se alterou tambem o processo do julgamento dos agravos. E seria para melhor ? Em nosso humilde entender, é fôra de duvida que não; aliás, difficil seria chegar a reforma mais infeliz do que a contida na L. n. 757 de 17 de Novembro de 1900.

Organisado o poder judiciario do Estado pela L. n. 18 de 21 de Novembro de 1891 nada se alterou, da legislação

anterior, no tocante ao processo. E' que os legisladores de então, que também foram os constituintes do Estado republicano de S. Paulo, não perdiam de vista este conceito de um dos mais profundos juriconsultos francezes: "*En droit !!* [HYPERLINK "file:///nous"¶nous](#)¹ *tenons que l'innovation ou la découverte n'est pas nécessairement le progrès: à nos yeux, la tradition est, dans !!* [HYPERLINK "file:///cette"¶cette](#)¹ *sphère, une autorité puissante avec laquelle il faut compter, et nous pensons que marcher sur sa trace, habituellement si lumineuse, est encore le moyen le plus sûr de ne pas s'égarer.*" — Paul Pont, *De la jurisprudence en matière civile*, Rev. crit. de Leg. et de Jurispr., IX, 98.

Mas sobreveiu o periodo da *legalidade*, e a L. n. 203 de 30 de Agosto de 1893, no art. 10 § 1.º, alterou o processo do julgamento dos agravos de petição e instrumento, sujeitando-os ao mesmo processo do julgamento dos embargos ao accordam: os autos são vistos pelo relator e mais dous ministros adjuntos, mas todos os ministros votam.

Parece que se teve em vista dar ás decisões sobre agravos mais solemnidade e estudo do que tinham antes, quando os autos só eram vistos pelo relator e a decisão votada por elle e dous desembargadores sorteados na mesma sessão — Dec. 2 Maio de 1874, art. 126 comb. com os Decs. n. 5886 de 13 de Março de 1875, art. 2.º e 6064 de 18 de Dezembro de 1875. Votada a materia do agravo por todo o Tribunal, como que a decisão fazia coisa julgada, de modo que, quando mais tarde os mesmos autos subissem por appellação da sentença final ou definitiva, não fosse o mesmo ponto julgado de modo differente. Era isso o mesmo que destruir a regra de que decisões de agravo nunca fazem coisa julgada; mas ao menos tinha o merecimento de trazer maior ponderação ás decisões do Tribunal.

Veu agora a L. n. 757 do anno passado, e dividindo o tribunal em duas secções, deu á denominada *Camara Criminal e de Aggravos do Tribunal de Justiça*, composta de cinco membros, além do Presidente do Tribunal, competencia para julgar os agravos civis e cartas testemunhaveis, assumptos que mais tarde, sobre appellação, devem ser definitivamente julgados pela outra secção, denominada *Camara Civil*. Quanto ao processo, a nova lei não diz uma palavra; é, portanto, de concluir que continua a ser o da legislação anterior.

Não vemos minima razão logica que justifique aquelle

fraccionamento do Tribunal em duas secções ou camaras; mas uma vez que á nova lei tinha de presidir aquella força que Guilherme Ferrero, nos seus *I simboli*, chama *o horror ao trabalho*, e que Ribot, nas *Maladies de l'esprit*, diz ser impertinente e fatal, ao menos não falissem no que se estava impondo com a clareza e imperio da logica mais elementar. Dividissem o trabalho, embora com sacrificio do superior principio da unidade que deve collectivizar todos os actos de um tribunal, mas ao menos o fizessem dominados por alguma razão de methodo scientifico. Assim não seria difficil de comprehender que á primeira Camara tocassem todos os feitos da ordem criminal e á segunda todos os da ordem civil. O direito criminal tem peculiaridades de varias espheras — juridica, social, anthropologica, psychologica e medica — que fazem delle uma especialidade autonoma, capaz de crear especialistas, no sentido rigoroso da palavra. Mas o que se não justifica é dar á Camara criminal o julgamento dos aggravos civis; e não se justifica principalmente porque a mesma materia hade ainda ser sujeita ao julgamento da outra Camara, e então uma de duas: ou a Camara Civil não se conforma com a decisão da Camara Criminal, e lá se dynamitisa o prestigio della, ou, segundo corre pela bocca intrigante do boato, a Camara Civil *convenciona* nunca mais tocar nas decisões de aggravo, e então, o que é incommensuravelmente peor, lá se vai pelos ares a garantia do direito e, portanto, da justiça.

Mas era preciso dividir *igualmente* o trabalho ou esforço, e então, como ainda se devia dar destino aos recursos e assumptos eleitoraes, lá foram elles para *Camara Criminal e de Aggravos do Tribunal de Justiça*. Assim, mais uma vez se justificou o brocardo — *rubrica non facit fidem*.

Já se vê que inutil será qualquer livro definitivo sobre taes assumptos. As leis hoje são como as estafadissimas rosas de Malherbe...

§ 215

B) Do aggravo de instrumento

Deve o aggravo de instrumento ser interposto dentro em dez dias, contados da publicação ou inti-

mação do despacho de que se aggrava; e como no de petição, deve o termo de interposição ser assignado pelo aggravante ou seu procurador, e as petições e minutas não serão acceitas sem que sejam assignadas por advogado ⁽¹⁾.

Na petição ou termo de interposição deve o aggravante indicar especificadamente quaes as peças do processo de que pretende haver traslado, ou formar o instrumento, ao qual poderá o juiz mandar que se incorporem as mais que julgar convenientes, dispensando-se qualquer ratificação em audiencia ⁽²⁾.

Prompto o instrumento ⁽³⁾, vai com vista ao advogado do aggravante para, no prazo de quarenta e oito horas, o entregar com a minuta ou razões justificativas do recurso. Pelo mesmo prazo deve o aggravado, se o requerer, ter vista do instrumento para contestar as razões do aggravante, podendo juntar documentos ⁽⁴⁾. Concluídos depois os autos, deve o juiz, também em quarenta e oito horas, dar a sua resposta. Si tiver de manter o despacho aggravado, dará as razões porque assim julga, e mandará que, dentro em trinta dias, subam os autos á superior instancia para final julgamento ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ cit. Dec. n. 143 de 1842, art. 25, comb. com o art. 670 do Reg. n. 737 de 1850.

⁽²⁾ cit. Dec, arts. 23 e 24; Dec. 5467 de 12 de Novembro de 1873, arts. 11 e 12.

— O Trib. da Rel. de S. Paulo, em acc. de 21 de Março de 1876 (*O Direito*, XI, 668), julgou que a disposição do citado art. 12 — que no aggravo de instrumento dispensou a ratificação em audiencia, antes exigida pela Ord. L. 3.º tit. 70 § 1.º e Ass. de 9 de Abril de 1619 — não devia ser cumprida pelo poder Judiciario por ter exorbitado das attribuições do Poder Executivo.

Não achamos razão neste julgado, que felizmente não fez jurisprudencia.

O art. 19 do Dec. n. 143 de 1842, fazendo explicitos os

modos da interposição dos agravos de petição, não mais se referiu á antiga formalidade da ratificação em audiência; pelo que, entrou em duvida si esta mesma formalidade ainda devia ser exigida nos agravos de instrumento e appellações. O citado art. 12 resolveu pela negativa, attento o art. 15 da Dispos. Prov. e arts. 23 e 25 do Dec. n. 143.

(³) A Ord. Liv. 1.º tit. 80 §§ 11 e 14 prescreve que o escrivão extraia o instrumento de agravo em 24 horas; mas a impossibilidade material de sempre se cumprir esta disposição, tornou-a letra morta.

(⁴) cit. Dec. n. 643.

— Paula Pessoa, nt. 225 a este Dec. (*Cod. Pr. Crim.*, pag. 621), é de parecer que esta vista ao agravado tem também cabimento no agravo de petição. Orlando, porém, na not. 535 ao Reg. n. 737, opina em contrario, fundado na pratica e nos arts. 20 e 25 do Dec. n. 143. É tal é a doutrina legal, posto que não seja a melhor.

(⁵) Vide not. 7 ao § anterior.

§ 216

C) Do agravo no auto do processo

Pode este agravo ser interposto em audiência ou por despacho do juiz e termo nos autos, no qual o agravante expõe as razões justificativas do recurso, assignado por elle ou seu procurador (¹). A interposição deve ser feita no termo de dez dias contados da publicação ou intimação da interlocutoria (²).

Do agravo conhece o juizo superior quando os autos a elle sobem por appellação (³). Antes de se discutir e votar a materia appellada, se discutirá e votará a do agravo; e si houver mais de um, se conhecerá de uns depois dos outros pela ordem em que se acharem nos autos (⁴).

(¹) cit. Dec. n. 143, arts. 18 e 25.

(²) “Não ha lei positiva que declare o tempo em que deva

ser interposto o agravo no auto do processo: a Ord. liv. 3.º tit. 20 § 47 falla só em — tempo devido —, e esse não pode ser outro sinão o de dez dias mencionado na Ord. liv. 3.º tit. 84 pr. O § 46 do tit. 20 e o § 5 do tit. 74 da Ord. liv. 3.º citados por Pereira e Souza á nota 666, nada dizem a semelhante respeito — Loureiro, obr. cit., nt. 254, reproduzindo a nota 443 de Moraes Carvalho. — Vj. Gouvêa Pinto, cap. 8 § 1 not. a.

(³) Dec. n. 143, arts. 8 § 1.º e 29.

“Seria util que de taes aggravos se conhecesse mesmo quando os autos sobem por agravo de petição, e até quando ha agravo de instrumento; pois tal era a disposição da Ord. liv. 3 tit. 20 § 47 — *Tanto que o feito vier concluso a primeira vez á Relação em razão de qualquer incidente, ou por qualquer maneira que seja* — e a doutrina de Gouvêa Pinto, *Manual de Appellações*, 3.ª ed. parte 3.ª cap. 8 § 3.º” — Moraes Carvalho, nt. 444.

(⁴) cit. art. 29 comb. com o art. 42 do Regim. de 3 de Janeiro de 1833.

— O que se disse na not. 1.ª ao § 214 tambem se applicará ao agravo no auto do processo ? isto é: deve o aggravante indicar especificadamente o texto de lei em cuja violação funda o agravo?

Expresso é o art. 18 do Dec. n. 143 em dizer que sim; mas tambem é certo, como em sua luminosa nota 442 nos mostra Moraes Carvalho, que nenhuma das Ordenações, a que aquelle art. 18 faz referencia, diz semelhante coisa. Até parece que tal não podia estar na intenção do legislador philippino, pois sendo então regra, já por nós enunciada, que — por mais que qualquer Ordenação ou Lei prohiba em algum caso appellar ou aggravar, NUNCA se julga excluido ou prohibido o agravo no auto do processo — aquella exigencia seria a mais positiva e formal negação de tal regra — Souza Pinto, § 1565, Loureiro, not. 254, que transcreve a citada nota 442 de M. Carvalho.

Entretanto, aquella é a lei, pois força tanta tem o Reg. n. 143, *ex vi* da L. de 3 de Dezembro de 1841.

— Quanto aos effeitos do provimento ou não de taes aggravos, vejam-se os arts. 43 a 46 do Regim. de 3 de Janeiro de 1833, ainda em vigor *ex vi* do art. 29 do cit. Dec. n. 143.

ARTIGO III

Da carta testemunhavel

§ 217

O que seja

Carta testemunhavel é o recurso ⁽¹⁾ *que tende a fazer subir o agravo de petição ou de instrumento quando o juiz o denega, ou, depois de tomado por termo, o não admitte* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Dizemos que a carta testemunhavel é *recurso*, e como tal a enumerámos no § 201, não obstante opiniões em contrario, porque lhe vemos todos os caracteristicos desses *remedios*, cujo effeito é provocar reparação de um gravame soffrido. Que importa que venha a ser, como se exprime Paula Baptista, § 239, o meio de fazer effectivo um recurso, si todo recurso é justamente um meio, e a consequencia do agravo e da carta testemunhavel é sempre a reparação de um erro ou de uma injustiça? A carta testemunhavel é até remedio de duplo effeito: repara o mal vindo da denegação do agravo e provoca, com fazer que este suba, a reparação do primeiro gravame. — Não é por si mesma um recurso, repete Loureiro, obr. cit., nt. 80, para dizer entretanto, e na linha seguinte, que *a carta testemunhavel tem quasi os mesmos effeitos que a appellação, pois que, sendo apresentada ao Juiz, prende-lhe as mãos e sujeita a causa ao conhecimento do superior legitimo*. Não é tanto assim, mas serve para mostrar que a carta testemunhavel é um remedio judicial, e, portanto, um recurso. — Vj. Av. n. 215 do 1.º de Setembro de 1849.

— As cartas testemunhaveis nunca se devem negar. Alv. de 16 de Maio de 1797.

— Não podem os juizes tolher os escrivães em as passar, e uns e outros são obrigados a fazel-as dar, sob pena de responsabilidade — Ord. I, 80 § 13. Nem o juiz pode embaraçar a expedição da carta sobre o fundamento de não

ser caso della — acc. da Rel. do Rio de Janeiro, de 12 de Dezembro de 1876 (*O Direito*, XII, 118).

— Constituem hoje assento da materia as seguintes disposições: Ord. I, 80 § 9.º; Reg. n. 737 de 1850, art. 671; Reg. n. 1597 do 1.º de Maio de 1855, art. 77; Dec. n. 1569 de 3 de Março do mesmo anno, art. 113; Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, art. 125 comb. com o art. 19 do Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873; Dec. n. 6064 de 18 de Dezembro de 1875, art. un. Já o cit. Av. do 1.º de Setembro de 1849 havia declarado que as cartas testemunhaveis eram fundadas em lei e dellas se devia tomar conhecimento.

— Mas devem ser mantidas ?

Pensamos que não, tanto que o nosso *Projecto do Codigo do Processo Civil e Commercial do Estado de S. Paulo* não as consigna. Dominados pela suprema lei judiciaria da redução quantitativa e simplificação morphologica dos termos processuaes, nos convencemos da excusabilidade de taes cartas uma vez que se adopte este preceito, com que construimos o § unico do art. 925 daquelle *Projecto*; — Não é licito ao juiz aggravado deixar de conhecer do aggravado.

Pois não é isto mais breve, mais simples e mais barato?

§ 218

Do processo das cartas testemunhaveis

Dissemos que o aggravado de petição ou de instrumento pode ser interposto ou a) em audiencia ou b) por petição ou c) em cartorio, independentemente de despacho: de qualquer destes modos pode tambem ser pedida a carta testemunhavel.

a) Si o juiz denega o aggravado em audiencia, a parte fará reproduzir no protocollo do escrivão o pedido de revogação ou modificação do despacho de que aggravára; não sendo attendida, pedirá que se lhe tome o recurso de aggravado; si o juiz ainda não admittir este ultimo recurso, requererá que lhe

mande dar carta testemunhavel; e finalmente si ainda nisto for desattendida, pedirá ao escrivão perante duas testemunhas, cujos nomes serão incorporados na carta, que de seu officio lh'a dê.

b) Si o pedido fôr feito por meio de petição escripta, nesta reiterará o de revogação ou modificação, do despacho aggravavel, accrescentando que se lhe tome o agravo no caso de ser mantido aquelle despacho, e que o escrivão lhe dê carta testemunhavel no caso de lhe ser indeferido o ultimo pedido. Si o juiz manda dar a carta, segue-se o processo dos agravos; si indefere, vai a parte a cartorio e lá procede como em audiencia quando o juiz não defere ao pedido da carta.

c) Si o juiz, logo na petição de agravo, indefere com a declaração de não ser caso de agravo, pode a parte se dirigir a cartorio e pedir ao escrivão que lhe tome por termo o seu pedido da carta.

Prompta, em qualquer dos casos, a carta testemunhavel, segue-se o processo dos agravos: si o caso fôr de agravo de petição, recebida a minuta, o escrivão fará os autos conclusos, e o juiz responderá; si fôr de agravo de instrumento, antes da conclusão fará vista ao aggravado para contraminutar o recurso ⁽¹⁾. Dahi por diante, segue-se o processo dos agravos de instrumento ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Estas formas de processo são deduzidas das licções dos praxistas, apoiadas na praxe forense; e todas vêm clara e correctamente compendiadas na Diss. de Camara Leal sobre o assumpto, inserta n' *O Direito*, vol. 10 pag. 220 (*).

Este escriptor figura ainda as hypotheses de se negar o escrivão do feito a dar a carta e a de tambem a isso se negar qualquer outro escrivão ou qualquer tabellião. Na primeira hypothese, faz a parte testemunhar a denegação

(*) Onde ali se lê Vanguerve, *Parte 5.^a*, leia-se *Parte 6.^a*

e recorre a outro escrivão ou a tabellião, que a deverá conceder de seu officio, certificando o occorrido, e com esta certidão sobe o aggravante ao juizo *ad quem*; na segunda, pode a parte requerer ao juizo superior mandado avocatorio ou compulsorio — justificando perante elle o occorrido — Gomes, *Man. Prat.*, P. 1.^a cap. 14 n. 34 e segs.; Pereira e Souza, Nt. 657.

Mas temos estas licções hoje como obsoletas, por não mais ser provavel que os escrivães se neguem ao cumprimento de um dever imposto por seu regimento.

Em todo caso, ahi fica a licção.

(²) Acc. da Rel. de S. Paulo de 8 de Outubro de 1875 (*O Direito*, IX, 246).

— As cartas testemunháveis não têm effeito suspensivo — consultas de Teixeira de Freitas e Nabuco n'*O Direito*, LIV, 572.

— O nosso processo civil em muitos pontos precisa e deve ser simplificado sem minimo prejuizo do direito das partes. Neste assumpto se nos deparou já um caso em que muito bem se poderia ter applicado a lei do minimo esforço, a que alludimos no § 5.^o nt. 5.^a, si não fosse vulgar o receio de quebrar certos preconceitos, filhos de escusada superstição pela forma material dos actos forenses.

Na carta testemunhavel n. 136 sustentámos, perante o Supremo Tribunal Federal, a seguinte these: Quando a carta testemunhavel está instruida de modo tal, que o juizo superior tem plenos elementos para conhecer do merecimento do recurso denegado, pode desde logo decidir sobre o merecimento deste mesmo recurso.

A especie era esta. Interposto o recurso extraordinario do art. 59 § 1.^o let. a) da Const. Federal, o Presidente do Tribunal de Justiça de S. Paulo não tomou conhecimento do pedido, por não ser caso daquelle recurso. Pedindo o recorrente a carta testemunhavel de que falla o art. 58 da L. n. 221 de 20 de Novembro de 1894, ficou ella constituida de tal modo, que o Supremo Tribunal Federal estava perfeitamente habilitado a julgar desde logo que não era caso do recurso extraordinario.

Contraminutando a carta, assim nos exprimimos:

“Demonstrado não ser caso do recurso interposto, nada

mais facil do que demonstrar que o Supremo Tribunal não deve dar provimento á carta testemunhavel.

Em primeiro lugar, não ha disposição de lei que explicitamente prescreva que só o Supremo Tribunal Federal tem competencia para conhecer da propria interposição do recurso; apreciando, em vista dos accordãos e da letra clara e positiva da Constituição, si é caso de recurso para o Supremo Tribunal, os presidentes dos tribunaes de justiça estadoaes exercem indubitavelmente funcção de sua competencia.

Em segundo lugar, denegado o recurso e pedida a carta testemunhavel, sobre esta mesma pode o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre si é ou não é caso do mesmo recurso. E já que começámos este trabalho invocando um postulado da sciencia juridica, terminaremos, na demonstração deste ponto, invocando outro.

E' principio informativo do processo, como se exprimem Mancini (*Comentario*, 1.º vol. pag. VII) e Manfredini, (*Programma*, n. 92), *prover os direitos privados da garantia judiciaria mediante o minimo sacrificio possivel*; ou, applicando ao processo a lei economica do minimo. — meio, obter o maximo resultado com o minimo esforço — lei que, para Ihering (*Esprit du Dr. Rom.*, III, 23), é uma das leis vitaes da jurisprudencia.

Ora, si na carta testemunhavel, qual a pediram os recorrentes, e ora vai completada com os impressos juntos, ficam inteiramente lançados os elementos de apreciação sufficiente e segura, que outra coisa será senão contravir aquelle postulado mandar subir o recurso para depois não tomar conhecimento d'elle ?

Não será mera superstição das condemnadas pelo codigo justiniano: *scrupulosam solemnitatem amputari decernimus* ?

E' ou não é caso do recurso interposto? eis a questão.

Ora, os impetrantes mandaram organizar a sua carta testemunhavel de modo tal, que desde já fica o Supremo Tribunal por completo habilitado a resolver a questão unica suscitada.

Logo, dar provimento á carta só para depois não tomar conhecimento do recurso, é chegar ao mesmo resultado com esforço dobrado.

Nem obsta o art. 58 § 1.º do Dec. n. 221 de 21 de Novembro de 1894, pois ali apenas se diz que, *à vista da carta, o Supremo Tribunal mandará ou não que seja tomada por termo a appellação e subam os autos, conforme fôr de direito*; o que não póde significar sinão que o Supremo Tribunal até deve, pela carta testemunhavel, conhecer si é caso de recurso, pois que só assim ficará habilitado para mandar que seja ou não tomado por termo. Do contrario, esta disposição não teria sentido.

— E é isto o que impetramos do Supremo Tribunal, convencidos de que julgará no sentido exposto. Só assim se manterá a logica do processo e a pureza da nossa lei constitucional”.

Por accordam de 13 de Junho de 1896 deu o Supremo Tribunal provimento á carta para que subisse o recurso afim de ser julgado como fôsse de direito, contra o voto do relator, que assim declarou seu voto: (*Jurisprudencia do Supr. Trib. Fed.*, 1896, p. 66) “H. do Espirito Santo, vencido. Votei para que, dando-se provimento á carta testemunhavel, se conhecesse logo da materia, visto não haver mais necessidade de esclarecimentos, e achar-se o instrumento sobejamente instruido, e o Tribunal habilitado para proferir julgamento definitivo, nos termos precisos do art. 70 da L. n. 221 de 20 de Novembro de 1894; e assim, mandar-se, em taes condições, ainda escrever o agravo, é não só violar a referida Lei, como inutilmente demorar justiça ás partes”.

Mais tarde, porem, vingou a nossa doutrina. Na carta testemunhavel n. 313, da Capital Federal, o Tribunal Supremo, por accordam de 20 de Julho de 1899, negou provimento á carta, *não mandando tomar por termo o recurso extraordinario, por não ser caso delle, em face da lei*, unanimemente (*Jorn. do Comm.* de 21 de Julho de 1899). Pois bem: porque não se hade seguir a mesma doutrina a respeito das cartas testemunhaveis de que ora nos occupamos ? Si a carta desnudar desde logo que não é caso de agravo, para que mandar que este suba ? só para depois, com augmento de despesas e perda de tempo, não tomar conhecimento do agravo por não ser caso delle ? Para lhe negar provimento? Mas neste caso não fôra mais conforme aos principios que assim desde logo se decidisse ?

ARTIGO IV

Das Appellações

§ 219

Definição

Appellação é o recurso interposto para juiz superior para que modifique ou reforme alguma sentença ou despacho definitivo de que não caiba agravo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ou como mais syntheticamente dissemos no art. 930 do *Projecto do Cod. Proc. civ. e com. do Estado de S. Paulo*: “Cabe este recurso de todo e qualquer despacho ou sentença de natureza ou força definitiva de que o Código não dê o recurso de agravo”.

Diz-se *modifique ou reforme*, porque o appellante pode se ter conformado em parte com a sentença ou por completo dissentir della.

Diz-se *alguma sentença ou despacho definitivo*, porque só das decisões de natureza ou força definitiva é que cabe appellação.

Diz-se *de que não caiba agravo*, porque precisamente nisto é que está a característica differencial entre appellação e agravo.

Já dissemos que, para saber si o caso é de agravo, basta examinar si está elle expressamente comprehendido entre os casos daquelle recurso, sem que importe saber si o despacho de que se agrava é definitivo, interlocutorio simples ou interlocutorio mixto, pois que, como apontámos, mesmo de sentenças definitivas pode caber agravo. Portanto, sendo sabido que de despachos meramente interlocutorios não cabe appellação, para saber em que casos cabe este recurso, basta verificar, dado um despacho definitivo ou mixto, si delle cabe ou não agravo: na negativa, caberá appellação.

E si por ventura alguma lei tenha excluído de algum caso o recurso da appellação, e desse caso não caiba agravo, é que a lei nesse ponto se desviou da melhor

doutrina, segundo a qual não deve haver decisão alguma irrecurível.

Nossa definição, portanto, segundo os preceitos, compreende todo e só o definido.

A de Pereira e Souza, § CCXCIX — *é a provocação interposta pela parte vencida do juiz inferior de menor graduação para o superior legítimo* — além de estar redigida com muita infelicidade, cabe tanto á appellação quanto ao agravo ou á revista.

Provocação interposta — para que fim ?

pela parte vencida — havia de ser pela vencedora ?

do juiz inferior de menor graduação — havia de ser inferior de igual ou maior graduação ?

para o superior legítimo — havia de ser para o ilegítimo?

Não é melhor a definição de Ramalho, h. t. § 1.º: *é a legítima provocação feita do juiz inferior para o superior afim de reparar o gravame*. Mas, disto, em que differe o agravo? e a revista?

Nem nos serve a de Moraes Carvalho, § 770: *é a provocação interposta do juiz da 1.ª instancia para o da 2.ª contra a sentença ou definitiva ou que tem essa força*. Mas a sentença pela qual o juiz absolve o reo da instancia é definitiva, entretanto della cabe agravo, mas não appellação; assim também da sentença que julga a classificação dos créditos contra as massas fallidas, e essa tem toda a força das sentenças definitivas. — Nesta mesma censura incidem as definições de Paula Baptista, § 223, Souza Pinto, § 1568, Loureiro, § 1.º, quasi identicas á de Moraes Carvalho.

E quasi todos estes praxistas accrescentam que aquella definição é deduzida da Ord. L. 3.º tits. 69 e 70, da Disp. Provis., art. 15, e do Reg. n. 143 de 1842, art. 30. Não ponderaram elles, porem, que aquelles titulos da Ord. estão hoje em grande parte modificados pelo systema que o Reg. de 1842, talvez com excesso da Disposição Provisoria, deu ao recurso de agravo, que só cabe nos casos expressamente determinados na lei, dentre os quaes, como mais de uma vez já dissemos, ha alguns de sentenças definitivas ou com força de definitivas.

Parece que a nossa definição escapa de qualquer das censuras a que aquellas outras andam sujeitas.

§ 220

Synthese historica do recurso de appellação

Já dêmos no § 200 os traços proeminentes da historia das appellações no antigo e no moderno direito. Fallando ali, como no § 199, dos recursos em geral, bem clara deixámos a culminancia em que foi posto o da appellação. Agora, poucas linhas de detalhe bastam para isolar integralmente esta ultima figura, *de uso tão frequente e necessario, que não ha ninguem que o ignore*, como disse Ulpiano.

Aquella *provocatio* dos romanos, com que Lancelot appellidava a appellação — *provocatio ad majorem judicem, ratione gravaminis illati vel inferendi* — e que nós já recordámos para servir de definição geral dos recursos, foi effectivamente a origem da *appellação*, em seu sentido proprio. E' como que um desafio feito á justiça para que esta pondere bem antes de condemnar ou absolver de vez; uma especie de incitamento, com que se estimula a consciencia do poder judiciario, para que justiça se faça sem que nunca mais algo de instavel ou duvidoso paire sobre a relação de direito que a sentença afinal tem de consolidar.

Vêde-a, rapidamente, em sua evolução historica, desde as mais distantes épocas sociaes. Ao principio, direito violado ou apenas estorvado, e logo *provocação* singular á prompta solução do desequilibrio juridico por meio da *lucta physica*, sem forma de juizo, ou siquer intervenção de auctoridade publica. *Omnia fortium virorum esse*, na phrase de Tito Livio. Themis ainda não impunha a balança, sinão unicamente a espada. Depois, constituidos já os primeiros magistrados, o recurso apurador do direito privado começou a se concretisar no duello ou com-

bate judiciario ⁽¹⁾: a quem a victoria coroasse, nesse se incorporaria o direito litigioso. *In armis jus ferre* ainda na phrase do auctor das *Décadas*. *Actio* e *jus* ainda não eram ideas mutuamente complementares.

Mas, por força do direito, taes combates fôram abolidos, e então *jus* e *actio* se dignificaram nas instituições judiciais depois regularmente organisadas; todavia, com as idéas então correntes sobre o que fosse a hierarchia dos poderes publicos, ao envez de se alargar a esphera dos recursos, começou a proscricção das appellações. As idéas de taes épocas sobre a noção da hierarchia judiciaria não podiam tolerar um recurso, que essencialmente significava inconfidencia no poder encarregado da distribuição da justiça, e ao mesmo tempo trazia inconveniente descredito para a auctoridade appellada ⁽²⁾.

Mas, como já fizemos vêr, a irremovivel licção da realidade das coisas, desnudando muita vez ou o erro ou a ignorancia ou a improbidade do juiz ou do advogado, abriu a porta ás *provocationes*, cercadas, entretanto, ainda de larga somma de restricções e estorvos. Ora eram punidos os appellantes temerarios, ora os que sahisses vencidos da appellação, ora se limitava o valor aquem do qual não haveria appellação ⁽³⁾, ora, contra a essencia do proprio recurso, se lhe assignava o effeito devolutivo sómente, ora se impunha a obrigação de caucionar o juizo com penhores ou fiadores ⁽⁴⁾, ora finalmente se prohibia a appellação em certas causas ⁽⁵⁾.

Na instancia superior tinha o appellante de justificar a causa do seu recurso, e si a decisão lhe fosse contraria, seria condemnado a perder a caução e mais ao pagamento do quadruplo das despesas que o adversario houvesse satisfeito, e a sentença se executava ⁽⁶⁾.

Tambem já vimos que nem de toda auctoridade era licito appellar, como, pela preeminencia do officio, do Prefeito do Pretorio e outras. Só mais tarde, posta em prova a iniquidade que não raro advinha de distincção assim tão discordante dos principios de justiça, é que, tortuosamente embora, se introduziu o uso da *restitutio in integrum*, mediante a qual o appellante, sem accusar de injustiça o juiz, sinão a si proprio de erro, do que impetrava perdão, ou de malicia o adversario, pedia que a causa recommençasse a ser pleiteada; e depois ainda o recurso da *supplicatio*, que tendia ao mesmo fim, mas em cuja instrucção o supplicante começava por confessar que justiça lhe tinha sido feita, mas esperava que novo exame do feito apurasse a verdade por completo. No entanto, a sentença se executava ⁽⁷⁾.

Mas era ainda muito pouco para a marcha progressiva das instituições judicarias. Reconhecida e proclamada a possibilidade da prevaricação ou do erro ou da ignorancia no juiz, como dar satisfação á parte que soffresse o agravo? Inflexivelmente logicos eram os primitivos jurisconsultos romanos, consoante a noção em que tinham assentado a força da coisa julgada. O juiz denegou justiça por dolo, fraude ou concussão no exercicio de suas funções ? a victima tinha o direito de fazel-o descer do tribunal, e fazel-o condemnar como responsavel do prejuizo provindo da execução do julgado, que entretanto se mantinha ⁽⁸⁾. Era preciso mais; e afinal, com a queda e condemnação do juiz, de todo se infirmava a sentença. *Judicium in quo errare cognoscitur, non habet firmitatem* ⁽⁹⁾. Era a justiça que tomava posse de si mesma, mediante a instituição regular da appelação. Que importa que este nome não seja lido em nenhuma das leis daquelle tempo, para se pretender, como parece a Meyer ⁽¹⁰⁾, que

a instituição não existia ? Ao atilado espirito de Boncenne não mostraram as fontes do direito franco, que *clamatores* e *reclamatores* eram expressões indicativas dos litigantes na primeira instancia (*clamare*, pedir justiça — e dahi *clamatores vel causidici*) e na segunda (*reclamare*, pedir de novo — e dahi *reclamatores*)? ⁽¹¹⁾. E no direito romano não estava a instituição consagrada no vocabulo *appellare*, *appello*? “*Si apud acta quis appellaverit, satis erit si dicat: appello* ⁽¹²⁾”.

Chegou a época em que o recurso da appellação se tornou vulgar. *Appellatio vulgo definitur*, diz Pothier ⁽¹³⁾, *ab inferioris judicis sententia ad superiorem legitime facta provocatio*. E com a emigração, que gradativamente o poder de julgar em segunda instancia se fizera das mãos do principe para as dos magistrados ⁽¹⁴⁾, foi pouco a pouco se architectando o recurso, que hoje predomina nas instituições judicarias dos paizes cultos. Perdido o seu primitivo character de *querella contra a pessoa do juiz* ⁽¹⁵⁾, a appellação tomou assento sobre preceitos, que ainda agora constituem outras tantas bases de sua organização legal e doutrinaria: que interposta a appellação — a) cessa o offício do juiz appellado ⁽¹⁶⁾, b) nada é licito innovar no feito ⁽¹⁷⁾, c) não se dá, em regra, execução á sentença ⁽¹⁸⁾; que pode appellar todo aquelle que tiver interesse na sentença ⁽¹⁹⁾; que a appellação é commum aos litisconsortes ⁽²⁰⁾; que pela appellação se devolve ao juizo superior o conhecimento da causa em toda a sua integridade ⁽²¹⁾.

Foi assim, com uma ou outra modificação de detalhe, e atravez do direito romano e do canonico, que a appellação chegou ao direito portuguez, em cujo systema, desde as *querimas* ou *querimonias* dos Foraes, que não passavam de appellações, aggravos ou queixas endereçadas ao Rei, até as Ordenações

de D. Affonso III e de D. Manoel, este recurso se foi regulando progressivamente, para afinal figurar na Philippina, liv. 3.º tits. 68 a 83, com copiosissima rêde de disposições casuísticas, até que o ultimo Código do Processo Civil, nos arts. 993—1007, condensou as mais apuradas e adiantadas regras correntes sobre o assumpto.

Afinal, no direito patrio, é o recurso de appellação regulado hoje quasi que exclusivamente pelo Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, com as modificações que vão apontadas nos §§ subsequentes, umas, que são filhas do direito tradicional das fontes romanas e portuguezas, outras, que foram importadas por leis posteriores.

(¹) Coisa curiosamente interessante! O duello nasceu como brilhante torneio da galanteria amorosa: foi a mulher a sua fundadora occasional; como disse o prodigioso auctor do *Espirito das leis*, na felicidade presa ao prazer dos sentidos, no encanto de amar e ser amado, é que nasceram aquellas valorosas provas do galanteio pela mulher desejada (XXVIII, 22). Mas estes torneios não começaram logo decorados com o brilhantismo e os preceitos que a idade media regulamentou tão solemne e coactivamente quanto imperiosa era a força da lei ou dos costumes juridicos. Os paladinos foram precedidos pelos brigadores brutaes. Só com o desenvolvimento moral dos costumes e da existencia civil cultivada pelo direito, é que se formalitou a cavallaria, com todos os seus encantamentos e encantos. Pois foi tambem assim com a appellação. A' forma primordial do uso da força como ultima instancia para resolução de conflictos entre dous direitos singulares, succedeu o combate judiciario, a cuja execução precediam regras tão rigorosamente traduzidas em formulas obrigatorias quão necessarios eram os preceitos da eurematica forense. Luctando pela mulher, os paladinos aguardavam dos juizes do torneio a proclamação da victoria, que lhes satisfaria os desejos do brio e do amor; combatendo pela posse segura das relações juridicas, os pleiteantes luctadores confiavam dos magistrados a solução do litigio, que lhes contentaria a vida social na esta-

bilidade do direito subjectivo. A estes combates se dava o nome de *appellations* — Beaumanoir. *apud* Montesquieu, loc. cit.; Boncenne, *Introd.*, cap. XV.

(²) Os mesmos marcos assignalaram mais tarde a evolução judiciaria dos francos. Duello — recurso ao principe — abolição das *appellations* — volta a ellas pela força incoercivel do sentimento juridico. Em meio curso do seculo XIII, Luiz IX ou S. Luiz abolira o combate judiciario nos tribunaes de seus dominios; mas o poder judiciario era ainda uma especie de instituição sagrada, cujas sentenças se tornavam intangiveis quaes dogmas divinos e ás quaes, portanto, todos deviam obcecada obediencia. Só o rei era juiz supremo. Nesses tempos, como diz Boncenne, não podia haver *appellacion*. *Entre moi et toi, villain, il n'y a pas de juge hors Dieu*. Tal era a expressão da intangibilidade das sentenças, — “*Nous déclarons ta femme veuve, et des enfans orphelins. Nous adjugeons ton corps et ta chair aux bêtes des forêts, aux oiseaux du ciel, et aux poissons qui vivent dans les eaux. Nous permettons à toute personne de troubler ton repos et ta sureté, et nous t'envoyons aux quatre coins du monde au nom du diable*” — tal era a pena de quem se recusasse a prestar cega obediencia ás decisões judiciais. Só depois vieram os *appels de défaut de droit*, fonte proxima da moderna *appellacion*.

(³) Os motivos desta restricção eram os mesmos que muito mais tarde implantaram no direito portuguez a Lei de 26 de Junho de 1696, em cujo exordio se lê: “... por ser da boa administração da Justiça evitarem-se as demandas, que inquietam a Republica, perturbam os Tribunaes, causam odios e dissensões entre os vassallos, e os divertem de outras mais uteis occupaões... muita parte das demandas cessariam, si eu fosse servido mandar levantar as alçadas das Relações, e Julgadores; porque acabando as causas nas suas sentenças, haveriam menos Reyistas, e muito menos Aggravos ordinarios, e *Appellations*...”

(⁴) E si o *appellante* era possuidor do predio litigioso, desde logo se lhe sequestravam os fructos — *quamvis usitatus non sit*, acrescenta o texto — fr. 21 § 1.º de *appell.* (XLIX, I).

(⁵) Vj. Loureiro, obr. cit., *Introd.* VIII.

(⁶) *id.*, VI, *apud* Stryk., vol. 12 disp. I cap. 20.

(⁷) *id.*, VII.

(⁸) *Cùm dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo maio autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes* — fr. 15 § 1.º de jud. (V, I) — Boncenne, *Introd.* pag. 405.

(⁹) cit. Boncenne, p. 415.

(¹⁰) *Instit. Judic.*, I, 470.

(¹¹) id., pag. 431. Eis aqui a interessante passagem do celebre auctor da *Théorie de la Procédure civile*:

“*Clamer droit*, ou simplement *clamer*, signifiait, dans les coutumes et dans les anciens auteurs, *demandar, poursuivre*: de là *clame* ou *clain*, qui étaient employés pour *ajournement*. L’action en réintégration était appelée *clain de re- tablissement*, et l’action en complainte, *clain de simple saisine*. En Bretagne et en Normandie, *clamer* garant, c’était agir en garantie contre quelqu’un: de là aussi, en Normandie, la fameuse *clameur de haro*, qui pouvait être criée non seulement pour maléfice de corps, mais encore pour toutes les actions civiles provisoires.

Il était tout naturel que les *clamatores* de première instance prissent le nom de *reclamatores* en appel, car alors les cris recommençaient, et c’était le palais du prince qu’ils faisaient retentir; *magnum impedimentum faciebant ad aures domi imperatoris*. Aussi cette expression *reclamare* se trouve-t elle dans tous les textes où il est question de recours.”

(¹²) fr. 2.º de appell. (XLIX, 1). — APUD ACTA, *immediatamente. No cartorio ou no forum, isto é, na audiencia*. Pothier, *ad Pand.*, XXI, 30.

(¹³) loc. cit., pag. 2.

(¹⁴) Mancini, *Comm.*, VI, 42.

(¹⁵) *Appellatio quidem quærelam iniquitatis continet* — fr. 17 de min. (IV, 4) — tal era o primitivo conceito, que mais tarde se apagou diante da regra corporisada no fr. un. *apud eum a quo appellatur, aliam causam agere compellendum* (XLIX, 12): “Si alguém appellou da sentença de certo juiz, e em outra causa se vê na necessidade de ter como juiz aquelle mesmo de quem appellára, que deve fazer ? E’ hoje direito recebido, que ainda quando se tenha appellado de um juiz, se é obrigado a pleitear perante elle mesmo, si por outras causas foi intimado a comparecer em seu juizo: *nem* a isso se pode escusar sob o pretexto de que esse juiz se offenderá si de novo appellar de sua decisão.”

(¹⁶) *Judex posteaquam semel sententiam dixit, poste a judex esse desinit... semel enim male seu bene officio functus est* — fr. 55 *de re jud.* (XLII, 1) — regra que hoje figura na nossa Ord. Liv. 3.º tit. 66 § 6.º

(¹⁷) *Appellatione interposita, sitie ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novare oportet* — fr. 1.º *nih.innov. appell.* [!! HYPERLINK "file:///inlerp"¶intero.](#) (XLIX, 7). A razão a dá Ulpiano na sequência do texto: porque, si é recebida, pelo facto de o ser, si o não é, para que nada se prejudique enquanto se delibera si deve ou não ser a appelação recebida.

(¹⁸) fr. 6.º § 1.º de Ais qui not. inf. (III, 2). E por ser esta a regra, é que mais de uma vez temos dito que o só efeito devolutivo contraria a natureza do recurso.

(¹⁹) fr. 4.º de appell.; salvo o contumaz — const. 11 de jud (III, 1), ou o que, por qualquer modo, convinha na sentença, como fosse aquelle que pedia prazo para pagar — const. 5.ª de re jud. (VII, 52).

(²⁰) const. 39 *da appell.* (VII, 62).

(²¹) Desta regra trataremos especialmente no § 228.

§ 221

Especies de appelação

A appelação é de duas especies: *voluntaria*, que é a que o vencido voluntariamente interpõe, e *necessaria*, o Juiz, por força de determinação legal.

A primeira, salvo exclusão expressa, cabe de todas as sentenças de natureza ou força definitiva não sujeitas ao recurso de agravo; a segunda, tão somente em casos expressos em lei.

Postas estas regras, para saber si é caso de appelação voluntaria, basta examinar, alem da regra exposta no § 212, si não ha alguma disposição de lei que expressamente exclua o recurso; e si o é de appelação necessaria, si ha lei que assim determine (¹).

(¹) Poucos são hoje os casos exclusivos da primeira, e também poucos os inclusivos da segunda espécie.

E assim deve ser, até que de todo desapareçam.

— A appellação necessaria ou *ex-officio* já não se harmonisa com a actual organização do ministerio publico. Tão intensa e constante é hoje a intervenção vigilante dos órgãos daquelle auxiliar do poder judiciario nas causas em que sejam interessadas as pessoas, naturaes ou juridicas, a quem as leis, aliás contra o preceito constitucional da igualdade de todos perante a lei, costumam prestar protecção especial, que mal se comprehende a permanencia da appellação necessaria.

Quando, v. g., as antigas leis de 29 de Novembro de 1841 e 30 de Novembro de 1853 prescreveram que o juiz appellasse *ex-officio* das sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional, nas causas de valor excedente de 200\$000; quando a Prov. de 8 de Maio de 1838 creou a appellação official contra as decisões sobre habilitação de herdeiros e cessionarios de credores da Fazenda Nacional para haverem o respectivo pagamento; quando o Reg. de 15 de Junho de 1859 mandou appellar *ex-officio* das sentenças proferidas em habilitações de herdeiros de defunctos e ausentes sempre que a sentença fosse favoravel aos habilitandos e o valor da causa não excedesse de 2:000\$000, e das proferidas em favor dos credores em libellos para a cobrança de dividas a que estejam expostas as heranças de defunctos e ausentes; quando nesses e outros casos, que seria fastidioso enumerar, vinha assim a acção do poder publico tomar uma iniciativa, que devia exclusivamente caber aos titulares das relações juridicas ajuizadas, já duvida não podia haver de que, de tal modo, se contrariavam os principios democraticos informativos do processo civil. Mas hoje, que até está escripto explicitamente em lei republicana — que a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte (Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art 3.º); hoje, que o ministerio publico, bi-partido em federal e estadoal, tem órgãos sufficientemente activos, para promoverem, sob immediata responsabilidade, os interesses e direitos do fisco, dos incapazes e dos ausentes; hoje, que aquella mesma lei n. 848, prestando homenagem a uma razão geral do direito, dispôz no art. 334 que os embargos de restituição só serão admittidos quando os embargantes não tiverem sido partes

desde o principio da causa, ou esta tiver corrido á revelia — urge que de vez se proscreeva tal extravagancia judiciaria, que não se justifica nem mesmo no caso do art. 87 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1880, relativamente ao divorcio voluntario.

— Quanto aos casos de exclusão deste recurso, quaes se encontram citados nos praxistas, com fundamento nestas expressões de varios textos da Philippina — *sem appellação nem agravo, salvo sendo no auto do processo* — ou nestas — *haverá somente agravo per petição ou per instrumento* — basta notar: que a maior parte dos primeiros são hoje casos de agravos (v. g. sobre condemnação em custas nas hypotheses da Ord. L. 3.º tit. 20 §§ 15, 24, 25 etc, etc.; sobre primeira e segunda absolvição da instancia na hypothese da Ord. L. 3.º tit. 14 pr. e tit. 20 § 18, ou nas hypotheses da mesma Ord. §§ 22 e 23; sobre assignação de dilação para dentro do paiz, da mesma Ord. § 5.º...), e que os segundos não estão sujeitos a appellação por serem de agravo.

Assim tambem na legislação moderna. V. g.: Reg. n. 737 de 1850, art. 335, Cod. Com., arts. 851, 1.ª parte do ult. alin., 906 etc, etc.

— A outra divisão, que Ramalho e outros fazem da appellação em *judicial* e *extra-judicial*, não tem mais razão de ser.

§ 222

Das pessoas que podem e das que não podem appellar

Da regra firmada no § 82 — que deve ser citado todo aquelle que tem interesse directo na decisão da causa — é corollario, que — *pode appellar todo aquelle a quem a sentença directamente interessar*. Tal era a regra expressa do direito romano ⁽¹⁾; tal é tambem o preceito da nossa lei ⁽²⁾.

Isto posto, podem appellar não só as partes litigantes, como quaesquer terceiros a quem a decisão prejudique ⁽³⁾; e neste prejuizo, real ou potencial,

está a razão porque empregámos acima o adverbio *directamente*. Assim como deve ser repellido aquelle que pretende ser citado só porque lhe o *negotium secundario tangit*, assim tambem não poderá appellar quem não tiver soffrido ou não possa ser prejudicado pela sentença. E basta esta possibilidade para legitimar a appellação ⁽⁴⁾.

Mas pessoas ha, que por disposição expressa de lei não podem appellar.

Taes são:

- 1.º) O que appella após os dez dias de que se falla no § *infra* ⁽⁵⁾;
- 2.º) O que por alguma maneira consentiu na sentença ⁽⁶⁾;
- 3.º) O que renunciou expressamente á appellação ⁽⁷⁾.

(1) fr. 1.º § 1 *de appell.* (XLIX, I). E no fr. I *de app. recip. vel non* (XLIX, 5) diz Ulpiano que — *non solent audiri appellantes, nisi hi quorum interest.* — Vj. Mancini. *Com.*, VI, n. 97 e segs.

(2) Ord. III. 81 pr.

(3) Eis os termos da Ord. cit.: Posto que a sentença não-aproveita, nem empece mais que ás pessoas, entre que he dada, poderá porem della appellar, não sómente cada um dos litigantes, que se della sentir aggravado, mas ainda qualquer outro a que o feito possa tocar, e lhe da sentença possa vir algum prejuizo.”

(4) Os exemplos produzidos na cit. Ord., e os que costumam os praxistas addicionar, provam a nossa these. Assim:

a) o legatario contra a sentença que annullou o testamento na causa do herdeiro legitimo contra o herdeiro escripto — cit. Ord. pr.;

b) o fiador a respeito da sentença proferida na causal movida contra o devedor principal — *id.*, § 1.º;

c) o fiador da evicção quanto á sentença dada contra o comprador — *id.*, § 2.º;

d) o vendedor, da sentença dada contra o comprador — arg. do § 2.º; Lobão, *Seg. Linh.*, n. 620 n. 7;

e) o comprador, da sentença dada contra o vendedor — Moraes Carvalho, § 776 n. 5.º.

Em qualquer destes casos evidente é o prejuízo actual ou possível.

(^c) Ord. III, 79 § 1.º.

Si esta disposição fosse rigorosamente cumprida nos juízos da primeira instancia, os Tribunaes superiores não teriam de repetidamente se occupar com appellações para afinal não tomar conhecimento dellas, por terem sido interpostas fóra do tempo.

(^c) cit. Ord. § 2.º e tit. 69 § 4.º V. g.: *assim como se pedisse tempo o em que era condemnado.*

(^c) Ord. III, 69 § 4.º, tit. 70 pr. e 79 § 2.º.

Vimos no § 81 e nt. 4.^a que não vale a renuncia que alguém faça da primeira citação; mas não vemos razão para que não valha a de qualquer recurso, comtanto que: *a)* seja expressa, e *b)* firmada por termo nos autos — Ord. I, 24 § 20 — ou por escriptura publica — Ord. III, 59 pr.

Pretendem mais alguns DD. que tal renuncia só vale si é feita posteriormente á sentença, visto como a Ord. Liv. 3.º tit. 16 prohibe que se renuncie á futura appellação. Cremos, porem, que tal prohibição está derogada pelas posteriores leis sobre o juízo arbitral, em cujo compromisso bem podem as partes renunciar á appellação, e ordinariamente assim se faz — Dec. n. 3900 de 26 de Junho de 1867, art. 10 § 2.º; Dec. estad. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 124, II, § 2.º let. d. — Só não valerá a clausula *sem recurso* nos casos do art. 65: 1.º sendo nullo ou extincto o compromisso; 2.º excedendo os arbitros os poderes conferidos pelo compromisso; 3.º preterindo elles as formas essenciaes do processo:

Isto posto, porque não valerá a renuncia da appellação mesmo fóra do juízo arbitral, salvo si o processo fôr evidentemente nullo?

— A generalidade dos nossos escriptores, como Ramalho, h. t. § 5.º, Paula Baptista, § 224, Loureiro, § 34 n VI, Souza Pinto, § 1614, e outros, incluem o confesso entre as pessoas que não podem appellar; e citam as opiniões de Silva, Pereira e Souza, Lobão, Pegas e Gouvêa Pinto.

Mas nem por ser quasi uma legião de grandes auctoridades nos daremos por convencido. E' certo que quem confessa *se ipsum damnat*, e que *post confessionem in jure*

factam nihil ultra quæritur; mas si a sentença é inevitável contra o confesso, qual a lei que o exclue da faculdade de appellar? Não ha nenhuma, tanto que nem um só daquelles mestres cita uma só que seja. E quem contesta ao confesso o direito de explicar na segunda instancia a propria confissão, modificá-la ou mesmo se retractar nos termos em que lhe é licito fazê-lo (§ 152)? e se descobriu a nullidade da confissão? — Vj. Lobão, *Seg. Linh.*, Nt. 625 n. 7.

— Também deliberadamente não enumeramos aqui o *revel verdadeiro*, de que falla a Ord Liv. 3.º tit. 79 § 3.º. Basta relêr o que dissemos no § 94 e nt., inspirados na not. 2.ª ao § 100 de Paula Baptista, para se comprehender a razão disto.

Si qualquer terceiro pode appellar, porque excluir o contumaz? Pena? Mas não ha pena sem crime, nem crime sem anterior qualificação legal.

— Ainda se diz que não pode appellar aquelle que fez transacção sobre a coisa julgada — Pereira e Souza, § CCCVII, n. IV e outros. Mas não só porque a Ord. Liv. 3.º tit. 78 § 1.º, sobre a qual esses se fundam, não auctorisa positivamente a these, nem o fr. 40 § 1.º *de pact.* (II, 14), pois nem um nem outro texto faliam de *coisa julgada*, no sentido technico da palavra, como porque esse que transigisse sobre a sentença estaria incluído no numero dos que, *por qualquer maneira, consentiram na sentença*, também não incluimos no nosso texto aquelle numero de Pereira e Souza.

§ 223

Da interposição da appellação

Na interposição da appellação, como na de qualquer recurso, temos de considerar dous termos: o modo e o tempo.

Quanto ao modo, pode a appellação ser interposta:

a) em audiencia, e logo que a sentença lida fôr, mencionando o escrivão isso mesmo no respec-

tivo termo de publicação, e assignando o appellante o competente termo de appellação;

b) em cartorio, por termo nos autos, com duas testemunhas, precedendo despacho do juiz.

De qualquer modo, será intimada a outra parte ou seu procurador ⁽¹⁾.

Quer a interposição da appellação quer a assignatura do respectivo termo podem ser feitas pela propria parte ou seu bastante procurador, independentemente de nova procuração ⁽²⁾.

Na appellação *ex officio* basta que o juiz, no rematar a sentença, declare que appella ⁽³⁾.

Quanto ao tempo, deve a appellação ser fatalmente interposta dentro em dez dias, contados da publicação ou intimação da sentença, segundo a parte vencida ou seu procurador estiver ou não presente á audiéncia da publicação ⁽⁴⁾.

O decendio é continuo e improrogavel; conta-se de momento a momento, nem se interrompe pela superveniencia das férias ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Dispos. Prov., art. 15; Regim. de 3 de Janeiro de 1833, art. 47; Reg. n. 737 de 1850, art. 647 — abolida a formalidade da ratificação em audiéncia, como prescrevia a Ord. L. 3.º tit. 70 § 1.º — Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 12.

— A falta de intimação, induz nullidade?

“A intimação da appellação se deve fazer, diz Moraes Carvalho, not. 456, porque as leis assim o exigem; mas não irrogam nullidade pela sua falta; e com razão, pois que a intimação para louvação, e a outra para ver expedir a appellação, levam implicita a intimação da interposição, cuja interposição necessariamente havia de preceder.”

Esta opinião, aliás verdadeira no fundo, deve ser modificada pelo estado actual do nosso direito, em que ora tem applicação quasi geral o Reg. n. 737 de 1850, e em que tambem quasi que em absoluto não ha necessidade de avaliar a causa, visto estarem abolidas as alçadas irrecor-

riveis. Aquella falta não deve trazer nullidade porque não a enumera o art. 673 do Reg. n. 737, e porque se haverá de intimar o appellado do despacho que receber a appellação, valendo mesmo para os effeitos de tal despacho a regra do art. 722.

— A interposição do recurso se completa com a assignatura do respectivo termo; dahi vem que, sem este, não se presume interposta a appellação — Acc. da Rel. do Rio, de 6 de Fevereiro de 1855; Rev. n. 7264 de 17 de Setembro de 1868 e Acc. revisor da Rel. da Bahia, de 28 de Agosto de 1870 — Orlando, nt. 491 ao Reg. n. 737.

(²) Ord. III, 27.

Esta Ord. exige novos poderes para que o procurador *possa proseguir* nos termos ultteriores da appellação — *porque o officio de procurador, que é estabelecido para procurar em juizo, expira em todo e acaba, tanto que em o feito é dada sentença definitiva.*

Tambem os accordãos citados na nt. 491 de Orlando decidiram, que a faculdade que tem o procurador de appellar, posto que a procuração não lhe confira poderes expressos para isso, não vai alem desse acto. Deve juntar nova procuração, diligencia que pode se effectuar perante o mesmo juizo da appellação.

Não podemos concordar com esta doutrina, tendo mesmo como derogada pelo desuso aquella parte da Ord. citada.

Já era corrente no direito romano, que o procurador, eis que a lide era contestada, tornava-se *dominus litis*, e de tal sorte, que figurava em seu proprio nome e neste era condemnado — fr. 4 § 5.º *de appell.* (XLIX, 1); e por esta razão podia appellar — const. 17 *de procur.* (II, 13). E' tambem certo que no mandato se comprehende quanto seja em beneficio do mandante, e que, uma vez acceito, deve ser levado a cabo em tudo quanto esteja implicito na natureza do negocio. *Et si susceptum non impleverit, tenetur* — fr. 5.º § 1.º *Mandati* (XVII, I). E' expresso no art. 706 do Reg. n. 737 de 1850 que cessa a procuração judicial somente nos tres casos ali enumerados: *a)* revogação, *b)* desistencia, *c)* morte do constituinte ou cessão e transferencia do negocio.

Portanto, e attendendo ao que já dissemos sobre o sentido daquella Ord. no § 78, *signanter* nt. 2, parece fóra de duvida que, salvo exclusão expressamente feita no instrumento do mandato, nos poderes da procuração judicial estão

implícitos os poderes de acompanhar a causa em todos os seus termos e instancias

⁽³⁾ Ramalho, *h. t.* § 6.º nt. g).

⁽⁴⁾ Ord. III, 69 § 4.º; tit. 70 pr. e § 1.º; tit. 79 § 1.º; Reg. n. 143 de 1842, art. 30; Reg. n. 737 de 1850, art. 648.

⁽⁵⁾ Vj. Pereira e Souza, Nt. 611 e as fontes ali citadas.

— Da regra já referida, que a interposição da appellação só se presume feita depois que assignado é o respectivo termo, é consequencia que — não se conhece da appellação cujo termo foi assignado depois do decendio, embora interposta após a publicação da sentença — Acc. da Rel. do Rio, do 1.º de Agosto de 1873 (*Gaz. Jurid.*, I, 400); da de Ouro Preto, de 15 de Abril de 1878 (*O Direito*, XVII, 557).

Na appellação n. 1851, de Campinas, o Tribunal da Relação de S. Paulo, por accordam de 20 de Abril de 1891, julgou na conformidade das nossas allegações aqui reproduzidas:

“Demonstrámos a fl. 67 que o Egregio Tribunal não podia tomar conhecimento da appellação interposta: 1.º) porque o respectivo termo fôra lavrado fôra do prazo legal; 2.º) porque, dizendo-se nelle que o *Appellante o assignava com as testemunhas presentes*, taes testemunhas, si as houve, não assignaram tal termo.

Mas o accordam embargado, sem a mais leve referencia ao 2.º daquelles motivos, conheceu da appellação por lhe parecer que *por culpa do Juiz é que o termo não foi lavrado em tempo.*

Data venia, insistiremos na arguição.

1.º) A sentença appellada, proferida a 29 de Maio ultimo, foi intimada a 31. Portanto, o decendio dentro do qual tinha de ser interposta a appellação *e lavrado o respectivo termo*, findava no dia 10 de Junho. Logo, quando o Embargado, pela petição de fl. 52, appellou a 9 de Junho, só lhe restava um dia para appellar *e assignar o termo da appellação.*

O termo da appellação é parte complementar e integrante do proprio recurso; nem a petição interpositora de qualquer recurso vale si este não foi reduzido a termo.

Eis o transumpto do accordam inserto na *Gazeta Juridica*, vol. 1.º A p. 666: “*Appellação interposta por petição não vale sem o termo assignado no prazo fatal, pois o com-*

plexo de ambos os actos é rigorosamente exigido para interposição desse recurso.”

Já a Rel. de Porto Alegre assim julgára por acc. de 16 de Dezembro de 1876 (*O Direito*, X, 791): “*A sentença passou em julgado no decendio, contado do dia da respectiva intimação, porque DENTRO DELLE SE NÃO LAVROU O TERMO DA APPELAÇÃO, ACTO COMPLEMENTAR DESTA, QUE DEVIA TER LOGAR NO FATAL DE DEZ DIAS, SEM O QUE, COMO SE FAZ VER NA ULTIMA PARTE DO ART. 15 DA DISP. PROV., E EM CONSTANTES JULGADOS DOS TRIBUNAES, SE NÃO PÓDE DIZER QUE HOUE APPELLAÇÃO.*”

Quasi nos mesmos termos vide o Acc. da Rel. de Ouro Preto, de 15 de Abril de 1878 (*O Direito*, XVII, 557).

Vide mais: Acc. da Rel. do Recife, de 28 de Outubro de 1884 (*id.* XXV, 565): “*Os recursos sómente são havidos como interpostos quando a respectiva interposição é reduzida a termo*”; e o Acc. da Rel. do Rio, de 27 de Julho de 1855 (Loureiro, *Man. de Appel. e Aggr.* § 73): “*No tribunal superior se não toma conhecimento da appellação cujo termo de interposição foi assignado fóra do decendio.*”

Ora, não se computando o tempo em que os autos estiveram na conclusão, ou de 10 de Junho (fl. 52 v.) a 2 de Julho (fl. 55 v.), mas reatando-se o curso do decendio, a que só restava um dia, da intimação de que se mandára tomar por termo a appellação, intimação que teve logar no dia 5 de Julho, vê-se de fl. 56 que o termo só foi assignado no dia 7, isto é, dous dias depois do termo legal, pois que aquelle dia 5 era o ultimo do decendio.

Tal conclusão é inevitavel: demonstra-a justamente aquillo que ao Appellado, na pseudo-impugnação de fl. 82, pareceu de nonáda — uma simples operação arithmetica. E’ realmente muito espirituoso abstahir da arithmetica na computação de um termo judicial! Causa seria essa de tão pouco sentido como a faca de Lichtenberg, de que falla Ihering: não tinha cabo nem folha.

Portanto, razão não ha para imputar ao juiz a arguida demora. Porque ou como imputar-lh’a, si no curso do termo não computamos o tempo da conclusão! Conviriam por ventura os honrados juizes do accordão embargado em conhecer da appellação, si o respectivo termo houvesse sido lavrado dez dias depois da intimação do despacho de fl. 52 v. ? Certo que não, pois seria, abstrahindo do lapso dos

nove dias decorridos de 31 de Maio, data da intimação da sentença, a 9 de Junho, data da petição appellante, ou 9 dias, prorogar o decendio, fazendo-o de *dezenove dias*.

Mas si é absurdo um decendio de 19 dias, não o é menos outro de 11 ou 12. A arithmetica e a logica teem destas conclusões inevitaveis.

2.º) Entretanto, porque nada disse o accordão embargado acerca da outra arguição, por nós produzida a fls. 67 v. — 68 ? Dado mesmo que o termo de appellação houvesse sido assignado no prazo legal, mesmo assim o Egregio Tribunal não poderia tomar conhecimento da appellação por nullidade ou vicio formal do termo da respectiva interposição: falta-lhe a assignatura das testemunhas presenciaes.

Todo o termo de interposição de recurso aperfeiçoa-se pela assignatura de duas testemunhas; complemento formal de quasi todos os actos juridicos, a falta de tal solemnidade é causa de invalidade, reiteradamente pronunciada pela jurisprudencia.

Assim, dentre varios julgados constantes das nossas revistas juridicas, basta vêr o accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Novembro de 1872 (*O Direito*, III, 173), pelo qual não se tomou conhecimento de uma revista porque o respectivo termo *fôra assignado por uma só testemunha*.

Mas pondere-se que o termo de fl. 56, *não obstante a declaração d'elle constante, de que o Appellante o assignava COM AS TESTEMUNHAS PRESENTES*, não foi assignado por testemunha alguma, e o Egregio Tribunal não poderá deixar de prover á presente arguição.

Além de tardio, é formalmente nullo o termo de fl. 56.”

— Não suspende o decendio a interposição de embargos manifestamente inadmissiveis — Acc. da Rel. do Rio, de 28 de Agosto de 1873 (*Gaz. Jurid.*, III, 301).

— Pode o menor appellar depois de passado o decendio?

Questão estafadissima, que longamente occupa os praxistas, e a que nós respondêmos afirmativamente em defesa de theses, perante a Faculdade de Direito.

A Ord. L. 3.º tit. 41 § 1.º — que restitue o menor *onde fosse leso e damnificado acerca dos autos do processo, assim como em interlocutoria contra elle dada*, DA QUAL NUNCA APPELLOU *por si nem por outrem*; com as licções de Silva

ad eod tit., ns. 24 e 25, pelas quaes se liquida o sentido em que ali é tomada a expressão *interlocutoria*, isto é, com força de definitiva, enquanto lesa e damnifica, e isso para o fim de concluir que appellar possa o menor da sentença que toca o *merito da causa* — e tal é a intelligencia que Vanguerve dá á cit.

Ordenação;

a Ord. L. 3.º tit. 84 § 9.º — que restitue o menor contra a expiração do termo dentro em que deve seguir o agravo e ser apresentado no juízo *ad quem*; e para a questão que nos occupa vale esta passagem pela regra de valer o argumento de semelhante a semelhante ou *par in parem habet imperium*;

a Ord. L. 3.º tit. 54 § 4.º — que restitue o menor contra o lapso da dilação probatoria, e o § 9.º — que dava ao juiz o arbítrio de reformar ou dar nova dilação em favor do menor;

a Ord. L. 3.º tit. 20 § 19 — que restitue o menor contra o lançamento dos artigos da contrariedade, replica e treplica;

a Ord. L. 3.º tit. 41 § 4.º — que, abrindo excepção á regra — que na execução não se admittem embargos offensivos da sentença exequenda — e isto pelo principio — que *res judicata pro veritate accipitur* — aos menores permite taes embargos;

a Ord. L. 3.º tit 88 — que prohibe segundos embargos, *salvo sendo de restituição pedida por menores*;

a Const. 1.ª *si sarpius in integr restit. Postuletur* (II, 44) — que negando restituição contra a sentença do proconsul, todavia a dava a quem estivesse na idade a que é costume prestar soccorro, e pela restituição o direito de appellar de tal sentença;

o fr. 7 § 11 *de minor. XXV ann.* (IV, 4) — que é assim expresso: *Item (se, o menor) si non provocavit (id est, se não appellou) intra diem, subvenitur*, UT PROVOCET;

todas estas disposições, e outras, que enumerar seria apenas ostentação eruditiva, nos levaram então a adoptar aquella solução.

Hoje, porem, pensamos differentemente, sem embargo de dizer Lobão que — si as Ords. Liv. 3.º tits. 70 e 79 não disseram expressamente que o menor pode appellar depois do decendio pelo beneficio da restituição foi por o julgar superfluo o legislador philippino.

Por mais de uma vez nos temos referido ao movimento actual do direito no sentido de abolir a restituição *in integrum* (v. g. — no 1.º vol. pag. 249), e já deixámos bem clara a intelligência da Ord. L. 3.º tit. 41 e outras (*id.* pag. 262): que razão pode ainda sustentar aquella affirmativa, sem lei que expressamente abra em favor do menor excepção tão destoante dos principios organicos do processo? Si os embargos de restituição já não são admissiveis quando o menor figurou na causa — Dec. n. 848 de 1890, art. 334 — porque lhe dar a faculdade de convellir uma regra geral, que se basêa na ordem mesma do processo, e a que o seu tutor e o curador á lide, sob pena de responsabilidade, estavam obrigados?

Aquellas mesmas disposições acima summuladas, hoje as temos como obsoletas, como simples vestigios do velho direito dos privilegios e regalias individuaes. As leis tambem se revogam pela incompatibilidade em que se põem com outras, maxime quando se lhes contrapõe a lei constitucional do Estado. E' o *nisi contrariæ sint*, do fr. 28 *de legibus*.

§ 224

Do recebimento da appellação

Interposta a appellação, o juiz a receberá, si fôr de receber, e no mesmo despacho declarará em que effeitos a recebe e mandará que, no prazo legal, suba á instancia superior ⁽¹⁾.

Diz-se — *si fôr de receber* — porque ao juiz é licito examinar e decidir si é ou não caso de appellação, cabendo do seu despacho o recurso de agravo indicado no § 211 n. 8.

Diz-se — *declarará em que effeitos a recebe* — porque dous são os effeitos da appellação: devolutivo e suspensivo cumulativamente ou somente devolutivo; quer dizer: ou, juntamente com a devolução da causa á instancia superior, effeito esse necessario, se suspende a execução da sentença emquanto

a appellação não é julgada, ou, não obstante a devolução, se executa a sentença. Distincção esta de direito geral, que o direito canonico particularmente preconisava e accentuadamente praticou. “Adpellatio duplicem habet effectum, diz Van Espen ⁽²⁾ — *devolutivum* et *suspensivum*: priorem quidem, in quantum, adpellatione mediante, causæ cognitio et decisio devolvitur ad judicem appellationis; posteriorem autem, in quantum, per appellationem, *suspenditur* effectus, sive executio sententiæ, a qua appellatum est.” No processo ordinario, o qual faz objecto especial do nosso programma, a appellação é sempre recebida nos dous effeitos ⁽³⁾.

Diz-se — e *mandará que, no prazo legal, suba á instancia superior* — porque, como se verá no § subsequente, importantes effeitos decorrem, desta ultima parte daquelle despacho, para a existencia juridica da appellação.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 651 e 652.

⁽²⁾ *De jurisd. eccles. in civ. lib. X De appellat. et recus.*

⁽³⁾ *cif. Reg.*, art. 652.

Por este artigo, a generalidade do effeito suspensivo no processo ordinario só se entende a respeito das *acções*, não assim das *execuções*. Nestas, a regra é a inversa: o effeito geral é o devolutivo, excepto em se tratando da sentença que julga provados os embargos do executado ou de terceiro.

Fóra das acções ordinarias e das execuções em geral — pois a respeito de umas e outras, a regra ali está explicita na lei — tem sido este ponto verdadeiro martyrio para escriptores e tribunaes: Quando deve a appellação ser recebida no effeito devolutivo sómente? quando nos dous effeitos?

E’ costume dizer, que cabe o effeito devolutivo sómente nas causas summarias que não soffrem demora. Mas quaes são estas? qual o criterio infallivelmente regulador da demora ou não-demora? Não serão todas ellas, por isso mesmo que a lei as libertou da engrenagem formal das acções

ordinarias, incluídas ainda, e *a fortiori*, as executivas ? Serão as enumeradas no § 75 nt. 1.^a de Paula Baptista, isto é: as referidas na Ord. Liv. 3.^o tit. 18, que são as que podem ser tratadas mesmo *durante as férias*, como inventários, partilhas, tutellas, curatellas, contas e remoções de tutores; as mencionadas na Ord. Liv. 3.^o tit. 48, que são as *possessorias*; as *prejudiciaes*, *executivas*, *comminatorias*, *exhibitorias*, *despejo de casas*, *deposito*, *arresto*, *nunciação de obra nova*, *salarios* e as *decendiarias* ? Mas porque não procurar uma regra que não seja assim casuística, qualidade sempre perigosa, mas puro principio abstracto, capaz de resolver o problema em qualquer hypothese ? Enumerar é sempre perigoso; mais do que definir. Vêde como até a de Paula Baptista ficou uma *numeratio imperfecta*, que deixou de fóra alguns casos de effeito devolutivo sómente, como se dá nas appellações sobre alimentos futuros — Valasco, *Cons.* 1 n 7; Lobão, *Seg. Linh.*, nt. 633 ns. 14 e 15 ; Ass. de 9 de Abril de 1772; sobre as indemnisações devidas na desapropriação por utilidade publica — Dec. n. 353 de 12 de Julho de 1845, art. 29 e outros.

E ainda após o livro de Paula Baptista, outras leis vieram assignando ás appellações tão sómente o effeito devolutivo, como á que é interposta da sentença que homologa ou não a divisão ou demarcação de terras particulares — Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890, art. 44; da decisão sobre embargos contra a concessão de moratoria oppostos por credores dissidentes de sociedades anonymas — Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 187, e sem duvida outros que fastidioso fôra procurar.

E quantas outras leis não virão ainda fazer parte deste *vasto mas incommodo armazem de novidades*, em que ora se converte a nossa legislação, e neste ponto mais uma vez subverter a regra geral dos dous effeitos ?

O mais acertado é, portanto, dizer, *ad instar* do que fizemos com os agravos, que só nos casos expressos em lei é que *a appellação deve ser recebida sómente no effeito devolutivo*.

Assim, a falta do effeito suspensivo fica sendo a excepção, consoante os principios geraes do processo. Pois qualquer recurso não é um remedio que tende a suspender os effeitos da molestia enquanto a cura não se completa na instancia superior?

Era assim que se entendia no direito romano, em cujo systema o effeito suspensivo provinha do proprio facto da interposição da appellação. Dahi a regra do fr. 1.º § 1.º *Nihil innovari appellatione interposita* (XLIX, 7): “Recebida a appellação, nada se deve praticar até que a appellação seja decidida”. *Recepta autem appellatione, tandiù nihil erit innovandum, quandiù de appellatione fuerit pronuntiatum.*

Assim dispõe o art. 457 do Cod. Proc. civ. francez: *L'appel des jugemens définitifs ou interlocutoires sera suspensif, si le jugement ne prononce pas l'exécution provisoire* DANS LES CAS OÙ ELLE EST AUTORISÉE. E no art. 459 accrescenta: *Si l'exécution provisoire a été ordonnée hors DES CAS PRÉVUS PAR LA LOI, l'appelant pourra obtenir des défenses à l'audience, &, &.*

Assim também o art. 482 Cod. Proc. civ. ital.: *L'esecuzione delle sentenze NON DICHIARATE ESECUTIVE PROVVISORIAMENTE (ART. 309, 363, 409), è sospesa durante il termine concesso per appellare, e durante il giudisio di appello.*

O Cod. Proc. civ. allemão enumera taxativamente nos arts. 648 e 649 os casos de execução provisoria; e no art. 650 contem uma disposição, que sendo cercada de intelligentes cautelas na determinação precisa daquella *maneira verosimil*, pode ser de grande vantagem: “Devem as sentenças, sobre as conclusões das partes, ser declaradas executórias provisoriamente, quando se estabeleça de maneira verosimil que a demora na execução causaria ao credor um prejuizo difficil de reparar ou avaliar, ou quando o credor se offerece a prestar caução antes da execução”.

E' assim que dizem Ramalho, h. t. § 10: “O effeito devolutivo acompanha sempre a appellação, por ser de sua essencia, e é *seguido do suspensivo, excepto quando...*”; Loureiro, § 116: “A appellação tem sempre o effeito devolutivo, que nunca lhe pode ser tirado; e *em regra* tambem o suspensivo...”; Pereira e Souza, § CCCXIII: “*Por via de regra* a appellação tem ambos os effeitos, devolutivo e suspensivo; limita-se comtudo esta regra *nos casos expressos* em direito (casos que elle enumera na not. 633 — Pegas 2 For. cap. 15 contou nada menos de 88!) Mello Freire, IV, XXIII, XVII: “*Inter plures adpellationis effectus præcipuus est DEVOLUTIVUS, qui illius essentiam ingreditur, quem fere semper commitatur SUSPENSIVUS, NISI SPECIATIM EXCLUDATUR ...*”; Souza Pinto, § 1663: “*Por via de re-*

gra a appellação se recebe em ambos os effeitos, não devendo ser recebida só no devolutivo sinão nos casos especialmente marcados nas leis e pela pratica”.

Nem pareça que a regra geral deva ser justamente a inversa, em vista do cit., art. 652 do Reg. 737, reproduzido nos arts. 34 do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 e 341 do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, este para a justiça federal.

Primeiramente porque, como já tivemos occasião de dizer, o Dec. n. 763 de 1890, mantendo a forma das acções especiaes não previstas no Reg. Comm., manteve também, quanto a ellas, o systema dos recursos propriamente do processo civil. Não se illidem direitos ou restringem faculdades sem disposição que o diga explicita e claramente; e na duvida, caberá a interpretação restrictiva da lei nova, para a fazer só applicavel aos casos que explicitamente se contêm em suas disposições formaes, abolida, como grosseiramente incivil, qualquer interpretação analogica ou ampliativa — Paula Baptista, *Herm.*, § 45. Depois, porque mesmo essas outras acções são em muito menor numero do que o das que comportam o effeito suspensivo também.

E quanto aos outros Decrs. citados: um é puramente do processo federal, e o outro, como já tivemos occasião de dizer, é manifestamente exorbitante da lei que devia regulamentar.

Fique, pois, inabalavel aquella these: A appellação é sempre suspensiva, salvo nos casos em que a lei expressamente lhe dê o effeito devolutivo somente — Pereira e Souza, § CCCXIII.

Esta é que é a verdadeira doutrina, sustentavel mesmo independentemente da licção dos que vão até mais longe do que nós. Assim Cujaccio, *apud* Mattiolo, *Elem.*, IV n. 455, dizia que — *Appellationis effectus, hic est, ut extinguat judicatum, etiamsi non recipiatur ab eo, qui judicavit*; Fabro, que — *Appellatio extinguat judicatum, ut revocat omnia ad terminos litis contestatae*, e de Luca, que — *inter effectus appellationis hic est præcipuus ut suspendat sententiam, adeo ut habenda sit perinde ac si lata non esset*.

Não; a appellação, como melhor havemos de vêr no § 228, não annulla a sentença, mas tão somente lhe suspende a execução; o que em nosso direito se demonstra com um argumento semelhante ao de Mattiolo no logar citado:

tanto não se annulla, pela appellação, o julgamento appellado, que no caso de agravo por haver sido a appellação recebida nos dous effeitos, pode o juiz superior mandar que o seja no devolutivo somente, o que se não daria se aquelle fosse o resultado da appellação. E', *justa ordine servata*, o que diz Mattiolo a respeito do art. 483 Cod. Proc. civ. ital.: *Quando l'esecuzione provvisoria domandata in primo giudizio non sia stata pronunciata, può domandarsi in via incidentale nel giudizio di appello*. — Ora, diz o eminente professor, como seria isso possível si a sentença se annullasse pela interposição da appellação?

— Em sentido differente, ainda outros effeitos decorrem da interposição das appellações. A saber:

1.º) Porque, como já dissemos, daquella interposição finda o officio do juiz — *officium functus est*, como disse Ulpiano, no fr. 55 *de re jud.*, (XLII, I) — segue-se que, de então em diante, nada pode elle innovar na causa, reputando-se attentado quanto, pendente o recurso, mais fizer alem dos actos relativos ao recebimento e remessa da appellação. Quaesquer outros serão nullos ainda que a sentença seja depois confirmada — Ord. III, 73 pr.

Mas não se considera attentado:

a) O sequestro da coisa litigiosa ou de seus fructos, nos casos e termos de direito — cit. Ord. §§ 2.º e 3.º. Si a appellação já estiver no tribunal superior, a este deverá ser requerido o sequestro — Silva, á Ord. L. 3.º tit. 68 *ad rubr.*, art. 9 n. 17.

b) A reforma da interlocutoria de que por ventura se possa appellar — Ord III, 65 § 4.º. Bem entendido: si a appellação está apenas interposta; *secus*, si já foi recebida — Candido Mendes, a esta Ord. nt. 2; Mello Freire, IV, 21 § 12.

c) A habilitação dos herdeiros da parte que falleceu antes da remessa da appellação para a segunda instancia — Ord. III, 72 § 2.º e 82 pr.

2.º) Quando a appellação é recebida no effeito devolutivo somente, não deve o vencedor iniciar a execução sem caucionar o juizo, assegurando ao appellante as restituições e interesses a que este tenha direito no caso de ser reformada a sentença — Paula Baptista, § 227, que na not. 2.ª aponta algumas excepções a este principio.

§ 225

Do seguimento da appellação

Recebida a appellação, segue-se o processo de sua expedição para o Tribunal superior.

São estes os termos essenciaes de tal processo:

1.º) Intimação do despacho de recebimento da appellação — termo essencial, porque é desta intimação que decorre o prazo da apresentação do recurso na segunda instancia ⁽¹⁾.

2.º) Extracção do traslado, que deve ficar no juízo *a quo*, enquanto os autos originaes sobem ao juízo da appellação, salvo si esta fôr interposta no lugar onde estiver o dito juízo e a appellação tiver sido recebida nos dous effeitos ordinarios: neste caso se fará a remessa dos autos independentemente de traslado ⁽²⁾.

3.º) Remessa dos autos no prazo que tiver sido marcado no despacho de recebimento ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Ord. III, 70 § 4.º, que nesta exigencia se deve ter como modificada pelo Reg. n. 737 de 1850 somente no ponto em que exigia citação pessoal, posto que houvesse procurador sufficiente, salvo si a parte estivesse ausente, porque então bastava a citação do procurador bastante. O art. 655 ou outro do cit. Reg. não exige explicitamente esta intimação; entretanto, e não obstante o art. 21 do Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, que, como aquelle, só se refere á *data da publicação do despacho de recebimento* — pois que esta expressão não pode deixar de se submeter á regra geral — que a publicação dos despachos e sentenças só produzem effeito depois da respectiva intimação, a qual se ha por feita ou pelo official que competente fôr ou pela simples publicação si a parte ou o seu procurador está presente á audiencia, o que é uma verdadeira intimação — parece melhor a jurisprudencia que naquelle sentido se tem firmado — Acc. da Rel. do Rio, de 22 de Fevereiro

de 1875 (*O Direito*, VII, 66), e de 26 de Julho de 1878 (*id.*, XVII, 472); do Recife, de 17 de Setembro de 1878 (*id.*, XX, 516).

E assim tem julgado o Tribunal de Justiça de S. Paulo — acc. de 11 de Julho de 1896 (que faz referencia a outro) — *Gaz. Jurid.*, XI, 263.

(²) Reg. n. 737 de 1850, art. 653.

— O Supremo Tribunal de Justiça, por acc. de 14 de Fevereiro de 1866, concedeu revista do accordam que se limitára a não tomar conhecimento da appellação que subira em traslado, sem que se providenciasse para que subissem os autos originaes, para execução do art. 49 do Regim. de 3 de Janeiro de 1833 e não ficassem sem effeito as leis que facultam o recurso da appellação, e á vista dos arts. 10 e 11 do Dec. de 20 de Dezembro de 1830, applicaveis ás Relações na conformidade do art. 89 daquelle Regimento. — A Rel. do Recife assim decidiu como tribunal revisor — Acc. de 16 de Abril de 1867 (*O Direito*, VI, 296).

— O traslado deve ser concertado perante as partes Ord. I, 79 § 27.

(³) Este prazo é hoje, no Estado de S. Paulo, de trinta dias, si a appellação fôr interposta de sentença dos juizes da comarca da capital, e de tres mezes, si de outra qualquer comarca — Dec. 5467 de 1873, art. 20.

— Nenhum destes prazos poderá ser ampliado pelo juiz, mas a elle compete julgar deserta e não seguida a appellação, si, findo o prazo legal, não tiverem os autos sido remetidos para a instancia superior — Reg. n. 737 de 1850, art. 656 — Este artigo não diz *ampliado*, mas *restringido*: não seria um lapso ou erro de copia ? Penso que se deve ler *ampliado*: 1.º) porque não havia necessidade de prohibir a restricção, pois esta seria cerceadora de direitos, e é dogma que nenhum juiz pode cercear direitos; 2.º) porque a adversativa *mas*, com a phrase que se lhe segue, só tem explicação entendido o artigo como aqui dizemos. Não sei si andou melhor o art. 21 do Dec. n. 5467 de 1873, dizendo que estes prazos não se podem *prorogar ou restringir*.

Deserção da appellação

Os prazos de que se fallou no § antecedente são fataes e improrogaveis, nem se interrompem pela superveniencia das férias ⁽¹⁾. Pelo que, decorridos que sejam, pode o appellado promover os termos do processo da deserção do recurso, quaes são:

a) Citação do appellante, mesmo na pessoa do procurador, para, no prazo de tres dias, allegar e provar, por via de embargos, os justos motivos que impediram o seguimento da appellação ⁽²⁾.

b) Resposta do appellado, no prazo de vinte e quatro horas, ás allegações de justo impedimento ⁽³⁾.

c) Sentença: si relevar da deserção o appellante, lhe assignará o juiz novo prazo igual ao tempo do impedimento que tiver provado; si não relevar, ou si, findo o novo prazo, não tiverem ainda subido os autos, julgará deserta a appellação e a sentença se executará ⁽⁴⁾. A sentença passa então em julgado ⁽⁵⁾.

Consideram-se impedimentos attendiveis para ser o appellante relevado da deserção da appellação ⁽⁶⁾:

- 1.º os casos fortuitos ⁽⁷⁾;
- 2.º doença grave ou prisão do appellante;
- 3.º embaraço do juizo ⁽⁸⁾;
- 4.º obstaculo judicial opposto pela parte contraria ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Dec. n. 5467 de 1873, art. 21.

⁽²⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 657.

⁽³⁾ *id.*, art. 659.

⁽⁴⁾ *id.*, arts. 659 e 660.

⁽⁵⁾ Acc. revisor da Rel. de S. Paulo de 30 de Junho de 1875 (*Gaz. Jurid.*, X, 127).

⁽⁶⁾ cit. Dec. n. 5467, art. 25.

Este art. tinha perfeitamente condensado os casos das Ords. e da praxe, como melhor se verá das notas subsequentes; mas o Dec. federal n. 848 de 1890, reproduzindo o art 658 do Reg. n. 737, evidentemente defeituoso, dispoz no art. 346: Só poderá obstar o lapso de tempo para seguimento da appellação, molestia grave e *prolongada* do appellante, peste ou guerra que impeçam as funcções dos juizes e tribunaes.

De modo que, no juizo federal, não relevam da deserção: molestia grave não prolongada, v. g., de dez ou quinze dias, o que não é muito para trez mezes,

fome,
casos fortuitos,
impedimento do juizo, fóra daquelles casos,
machinações do appellado!

E tudo isto só porque se tem como acto meritorio e glorioso o não copiar o que outros escreveram melhor.

(¹) Caso fortuito é o evento possivel mas não previsto, para o qual não concorreu quem o allega, nem por culpa nem por negligencia. Silva ad Ord. Liv. 2.º tit. 7.º n. 23 exemplica com o aprisionamento e a inundação. *L'avvenimento impreveduto impedisce l'adempimento della obbligazione e toglie la responsabilità, se era inevitabile* — Chironi, *Colpa contrat.*, n. 308. E não é tanto na *imprevisibilidade* que o direito constrõe o instituto da *força maior* ou *caso fortuito*, aqui synonymos, mas principalmente na *insuperabilidade*, isto é, ser impossivel, por causa delle, cumprir a obrigação. Eis a essencia do *caso* — Donnellus, *Com.* XVI cap. 7. Ou menos exigentemente ainda: cessa a obrigação quando e emquanto se tornou impossivel o seu implemento *sem culpa* do obrigado — Arndts, *ad Pand.*, § 274. *La legge*, diz ainda o cit. Chironi, *vuole un avvenimento ESTRANEO al debitore, senza occuparsi delle cause da cui può venir mosso*.

E' por isso que o acc. revisor da Rel. do Rio. de 19 de Dezembro de 1873 (*O Direito*, V, 80), seguindo a doutrina do acc. do Supr. Trib. de Just., de 30 de Abril de 1873, na Rev. n. 8255, decidiu que a omissão do empregado do correio não pode prejudicar o direito do appellante.

— O fallecimento de um socio de firma collectiva não é justo impedimento, attenta a solidariedade dos socios — Acc. da Rel. do Rio, de 8 de Abril de 1875 (*O Direito*, VII, 314).

As Ords. Liv. 3.º tit. 68 § 3.º e tit. 70 § 3.º não especi-

ficam quaes sejam justos impedimentos; mas vejam-se os DD. citados na nt. 134 de Loureiro sobre Lobão, *Seg. Linh.*, nt. 630 n. 3, Moraes, *de Exec.*, VI, II n. 9, Silva *ad Ord.*, III 70, 4 e Stryk. tom. 5 disp. 3, e facilmente se poderão apurar os que entram na disposição do cit. art. 25 do Dec. n. 5467 de 1873, a meu vêr derogatorio do art. 658 do Reg. n. 737, por ser evidentemente mais liberal do que este, e vista a regra *favorabilia amplianda*.

(⁸) Deve-se aqui entender por *embaraço do juízo* todo acto ou facto que obste o curso do seguimento da appellação. E' a opposição ou perturbação da ordem do processo preparatorio da remessa ou do da remessa mesma; o que pode provir ou do juiz, ou do escrivão, ou de qualquer das partes ou de terceiro. Assim, a interposição do recurso de agravo interposto do despacho que recebeu a appellação, interrompendo o fatal do seguimento, obsta a deserção: o tempo necessario para a extracção do traslado, no agravo de instrumento, desconta-se do prazo assignado á subida dos autos — Acc. da Rel. do Rio, de 12 de Novembro de 1875 (*O Direito*, IX, 250).

— Por accordam de 28 de Abril de 1885, o Tribunal da Relação de S. Paulo, no agravo de Montenegro & C.^a v. José de Azurem Costa, da cidade de Santos, julgou de conformidade com a nossa contra-minuta, que abaixo reproduzimos porque estão nella envolvidas varias e interessantes questões, que frequentemente se podem suscitar no fôro a proposito deste ponto:

“Julgada a causa possessoria que os Aggravados intentaram contra os Aggravantes, appellaram estes da respectiva sentença.

A 23 de Setembro do anno passado foi a appellação recebida no effeito devolutivo somente, marcando-se o prazo de tres mezes para a sua apresentação na instancia superior.

A 30 do mesmo mez, os Réus appellantes aggravaram deste despacho, e a 23 de Outubro seguiu o instrumento de agravo para a Relação do districto.

Isto posto, descontando-se do prazo fatal de tres mezes o tempo gasto com a extracção do instrumento de agravo, o prazo para a apresentação da appellação na segunda instancia, o qual devia terminar a 23 de Dezembro, tinha de terminar e terminou a 16 de Janeiro, isto é, vinte e quatro

dias depois, ou tantos quantos se gastaram com a extracção do instrumento de aggravo.

Estas conclusões são inevitáveis, não obstante as férias decorridas de 21 de Dezembro a 31 de Janeiro, visto como, na forma do art. 21 do Decr. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, a superveniência das férias não interrompe aquelle prazo, que é fatal e improrogavel, sem haver mais necessidade de indagar si as férias absorvem ou não mais de metade do prazo, attenta a generalidade dispositiva da citada disposição. De resto, as férias de que se trata não absorvem metade daquelle prazo.

A 23 de Janeiro, ou sete dias depois de terminado o prazo, sem que coisa alguma constasse em Juizo acerca da decisão do aggravo, requereram os Appellados a citação dos Appellantes para que produzissem embargos de justo impedimento, sob pena de se julgar deserta e não seguida a appellação.

Intimados a 24, só então os Appellantes apresentaram a carta de sentença, que proferida a 4 de Novembro, ou dous mezes e vinte dias antes, déra provimento ao aggravo, mandando receber a appellação em ambos os effeitos.

Apresentada aquella carta, mandou o Juiz de Direito, que autoada com o traslado, fossem-lhe conclusos os autos; mas, deixando de cumprir o despacho, os Appellantes juntaram a mesma carta, como documento, aos embargos com que vieram ao processo de deserção.

Taes embargos, manifestamente improcedentes, foram despresados, e julgada deserta a appellação, aggravaram os Appellantes.

E' deste aggravo que V. Exc. vai conhecer, com a costumada imparcialidade e sabedoria.

* * *

Dous são os pretendidos fundamentos dos embargos:

I. Provido o aggravo de instrumento interposto do despacho que recebeu a appellação em um só effeito, no despacho que manda cumprir a sentença de provimento deve ser marcado novo prazo para a apresentação da appellação na instancia superior.

II. Houve justo impedimento para se fazer seguir a ap-

pellação, qual fosse...*molestia grave de um dos Appellados e ausencia de ambos !!*

Sobre serem reciprocamente redundantes, cada qual destes fundamentos não resiste á mais ligeira critica.

I

Sem necessidade de insistir na procedente distincção que o douto Juiz aggravado faz entre as duas ordens de relações que se contem nos despachos de recebimento da appellação: a que se refere aos effeitos deste recurso respectivamente á execução da sentença de que se appella, e a que diz apenas respeito ao prazo da apresentação do recurso na segunda instancia — distincção que serviria de argumento para provar que a decisão superior, dando provimento ao agravo de instrumento interposto do despacho que recebeu a appellação em um só effeito, modifica o despacho aggravado somente quanto aos effeitos da appellação, para impedir que se dê á execução a sentença appellada, mas não quanto ao prazo para a apresentação do mesmo recurso na instancia superior, prazo, que começando a correr da data da publicação, ou intimação do despacho que recebeu a appellação, é fatal e improrogavel, nem se interrompe pela superveniencia das férias — basta ponderar, para fatal e inexoravelmente reduzir a zero a argumentação dos Aggravantes, que não tendo effeito suspensivo o agravo de instrumento, o feito continua na primeira instancia a percorrer todos os termos de direito, salva unicamente a suspensão fatalmente determinada pela necessidade de se fazer extrair o instrumento de agravo, e que tem por medida, no tempo, exactamente o numero de dias que forem precisos para aquella extracção.

E com effeito, descontado apenas o lapso desta suspensão, imposta pela maxima de direito — que contra o impedido não corre tempo — prosegue o curso do processo como si não houvesse sido interposto o agravo. Extrahe-se o traslado, seguem os autos originaes para a instancia superior, e sobre aquelle se inicia a execução, de sorte que pode até dar-se o caso de se extinguir a mesma execução antes de haver sido proferida a decisão do agravo. E' mesmo de presumir que muitas vezes tenha occorrido este facto, aliás positivamente previsto na lei com a instituição da fiança.

Os proprios Aggravantes reconhecem a força irrefragavel deste argumento, uma vez que procuram insinuar, aliás contra a verdade provada por documentos produzidos pelos Aggravados, que elles foram diligentes em promover a extracção do traslado para que pudesse haver lugar ao seguimento da appellação, diligencia exercida antes pelos Aggravados, e uma vez que pretendem ter justo impedimento para a apresentação do seu recurso na segunda instancia dentro do prazo legal, na circumstancia de haver adoecido um dos Appellados. Pois não é isto confessar, que a interposição do agravo nenhuma influencia poderia exercer sobre aquelle prazo, emquanto não fosse conhecida, dentro d'elle, a decisão superior, que só mediante despacho do Juiz aggravado podia ter execução ? Si novo prazo tinha de ser marcado depois de decidido o agravo, qualquer que fosse o tempo em que fosse conhecida a decisão e qualquer que fosse o seu conteúdo, para que allegar diligencia na extracção do traslado? para que justificar a não intimação dos Appellados para verem seguir a appellação, pela *generosidade* de respeitar-lhes a molestia e a naturaperturbação dos affectos moraes ?

A argumentação que se basea em tão grosseiras incongruencias. . . não é seria.

Mas, como quer que seja, a questão é de maxima simplicidade, e se resolve em textos formaes de lei.

O Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873 estatue — que o prazo para a apresentação do recurso de appellação na instancia superior começa a correr da data da publicação ou intimação do despacho do respectivo recebimento, e não se interrompe nem pela superveniencia das ferias.

Pelo Dec. de 15 de Março de 1842, e regras comesinhas de processo, o agravo de instrumento não é suspensivo.

Consequentemente, descontado tão somente, pela razão exposta, o tempo gasto na extracção do instrumento de agravo, a appellação, não obstante o agravo, deve ser apresentada na superior instancia dentro do praso marcado, sob pena de ficar deserta.

Ora, como vimos em principio, a appellação de que se trata foi recebida a 23 de Setembro do anno passado, e para a sua apresentação marcou-se o prazo de tres mezes, que é o da lei. Este prazo devia, pois, findar-se em 23 de Dezembro. Mas descontando-se 23 dias, ou quantos foram gastos

com a extracção do instrumento de agravo, ficou o termo prorogado até 16 de Janeiro do corrente anno. Portanto, não tendo seguido a appellação até o dia 24, em que foram os aggravantes citados para justificarem o impedimento, deserta tinha de ficar a mesma appellação si os appellantes não justificassem o impedimento.

Tudo isto é positivo como a propria lei, e inexoravel como a fatalidade do tempo.

Entretanto, procederá a allegação dos aggravantes, que firmada na carta de sentença em provimento do agravo, pretende remover a fatal deserção da appellação interposta e ainda não seguida?

Decididamente não.

A deserção do recurso tem por motivo philosopho-juridico a negligencia do recorrente, e a utilidade social de remover a protelação indefinida dos pleitos judiciaes.

Ora, dos autos prova-se exhuberantemente que os Aggravantes foram negligentes. Assim é, que o documento n. 1 dos produzidos pelos Aggravantes, prova que desde o dia em que ficou prompto o traslado dos autos, afim de subir a appellação, até o dia em que foram citados para o processo de deserção, os Aggravantes não se apresentaram em cartorio, nem pagaram as despezas judiciaes, cujo pagamento era necessario para que os autos subissem á segunda instancia; o doc. n. 2 prova, que a carta de provimento do agravo interposto pelos Appellantes é datada de 24 de Dezembro, ou um mez antes da intimação para o processo de deserção, e que só a 24 de Janeiro, ou depois de citados para este processo, é que os Aggravantes apresentaram-n'a em juizo para o respectivo — *cumpra-se*, isto é, quando já tinha expirado o prazo marcado para a apresentação da appellação na instancia superior; o mesmo documento prova ainda, que apresentada aquella carta a 24 de Janeiro, mandou o juiz, que autoada com o traslado, fosse á conclusão para pôr-lhe o — *cumpra-se*; o que não teve lugar porque os Aggravantes não cumpriram o despacho, juntando a mesma carta aos pretendidos embargos de justo impedimento, como prova do allegado nelles.

Isto posto, segue-se:

1.º) Que durante os tres mezes uteis nenhum impedimento occorreu que justifique a não apresentação dos autos originaes na instancia superior;

2.º) Que não sendo suspensivo o agravo de instrumento, a produção da carta de provimento feita depois de expirado o fatal da apresentação, já nenhum efeito podia produzir em ordem a evitar a deserção do recurso;

3.º) Que consequentemente, a apelação está inevitavelmente deserta, e o presente agravo não pode ter provimento.

Em taes termos, não passam de bombastica declamação as nervosas tiradas dos Aggravantes sobre incompetencia do juiz aggravado para julgar deserta a apelação depois do provimento do 1.º agravo, desrespeito ostentado ás decisões de superior tribunal, responsabilidade criminal consecutiva, e outras cousas mais, que lançam na sua minuta as tetricas cores de um libello criminal.

O honrado e douto Juiz de Direito da comarca de Santos não precisa que o defendamos das injustas increpações dos Aggravantes, que andam desnorteados na perdida situação que para si proprios crearam. Entretanto, no terreno scientifico, sempre notaremos a nenhuma procedencia juridica de tão descabidas declamações.

E realmente, apresentada a 24 de Janeiro a carta de sentença de 4 de Novembro, datada de 24 de Dezembro, fez o juiz o que lhe cumpria fazer — mandou que autoada subisse á conclusão para o *cumpra-se*; fóra dos autos, nada tinha o juiz que vêr com o processo de deserção requerido na vespera; mas uma vez que os Aggravantes não prepararam convenientemente a carta de provimento para o *cumpra-se*, e juntaram-n'a, como documento, aos embargos de impedimento, não podia o juiz deixar de tomal-a unicamente como tal, e tendo de julgar o processo de deserção, só lhe era licito considerar a mesma carta sob o ponto de vista em que se collocou. Si os Aggravantes andaram mal, retendo a sentença de provimento por espaço de um mez, talvez illudidos pelas ferias, que suppunham suspensivas do prazo, não cabia nas attribuições do Juiz lhes emendar o erro.

Para que faltar em desrespeito ás decisões superiores, si o honrado juiz só teve conhecimento do accordão de 4 de Novembro depois de expirado o prazo para a apresentação da apelação ?

Os Aggravantes desnorteiam, tanto que se apegam a um argumento inepto, e a uma jurisprudencia contraproducente.

Supponha-se, dizem elles, que um juiz parcial ou ignorante negue á parte o recurso de appellação. Interposto deste despacho o agravo de instrumento, corre o decendio, porque este recurso não é suspensivo; mas quando vier a carta de provimento do agravo, já não poderá ser cumprida, porque o decendio exgottou-se?

Em primeiro lugar, o exemplo é figurado com um juiz parcial ou ignorante, e o Juiz de Direito de Santos é imparcial e doutíssimo. Realmente, muito ignorante seria o juiz que naquelle caso considerasse exgottado o decendio. Em segundo lugar, manifesta é a disparidade entre o caso figurado e a especie dos autos, bastando notar, que naquelle, a parte appellou dentro do decendio, e o provimento do agravo tinha por fim mandar tomar a appellação interposta; portanto, é abstrahir da questão, pretender que o decendio estivesse exgottado. No caso figurado não se trata de termo ou prazo, sinão de saber si cabia ou não appellação; ao passo, que na especie dos autos trata-se precisamente de prazo.

Quanto á jurisprudencia, pretendem os Aggravantes, quo os accordãos da Relação da Côrte de 12 de Novembro de 1875 (*Direito*, IX, 250) e da de S. Paulo de 12 de Agosto de 1881 (idem, XXVII, 268) não podem suffragar o despacho aggravado, por ser isolado o primeiro, e contraproducente o outro; e invocam, em apoio da doutrina que sustentam, o accordão citado por Orlando na nota 504 ao Reg. n. 737 de 1850.

Mas note V. Exc. o modo grosseiro por que os Aggravantes invertem as coisas. O unico accordão contraproducente é só e precisamente aquelle que os Aggravantes invocam em seu favor.

A Relação da Côrte, adoptando o luminoso memorial do erudito advogado Dr. Torres Netto, para cujo trabalho rogamos a attenção de V. Exc. (*Direito*, loc. cit.), decidiu, que o agravo de instrumento, por não ser recurso suspensivo, não constitue impedimento judicial ao seguimento da appellação, quando mesmo interposto do despacho que recebeu a mesma appellação tão somente no effeito devolutivo; a Relação de que é V. Exc. um dos ornamentos, decidiu que a necessidade da extracção do instrumento de agravo é legitimo impedimento contra a deserção da appellação; isto é, que do fatal da apresentação, deve-se descon-

tar o tempo empregado naquella extracção. Ora tal é a especie dos autos, e descontados foram os dias decorridos de 30 de Setembro a 23 de Outubro, ou o tempo gasto com a extracção do instrumento de agravo. O primeiro accordão estabelece a unica regra verdadeira de direito, e do segundo se conclue, que si na especie, feito o desconto, houvessem decorridos mais de tres mezes, a appellação teria sido julgada deserta.

Mas o accordão citado por Orlando, esse não o leram os Aggravantes; nem cuidaram de recorrer á pagina 338 da *Jurisprudencia Commercial* de Pinheiro, para onde remette-se Orlando. Leram a synthese por este formulada — a interposição de um agravo e o impedimento do seu julgamento obsta ao lapso do prazo para a apresentação da appellação — e contentaram-se, suppondo terem encontrado a clava de Hercules.

Entretanto, esta os vai matar. Aquelle accordão, de 29 de Abril de 1863, do Supremo Tribunal de Justiça, versa sobre hypothese essencialmente diversa da actual; tratava-se de agravo de petição *“que não pode deixar de considerar-se impedimento legal, pelo que, é manifesto que os trinta dias marcados para a apresentação da appellação só se deveriam contar depois do despacho que mandou cumprir a decisão do agravo.”*

Ora eis ahi. O agravo de petição é suspensivo; sobe nos proprios autos; portanto, sendo impossivel extrahir-se o traslado, o prazo da apresentação só poderá correr depois que descerem os autos com a decisão do agravo. Logo, e reciprocamente, si se tratasse de agravo de instrumento, outra seria a decisão.

Pretendem finalmente os Aggravantes, que mesmo no caso de não proceder a argumentação anterior, isto é, dado que a interposição do agravo nenhuma influencia tenha sobre o fatal de tres mezes, nem assim, descontado o tempo gasto com o preparo do instrumento, a appellação podia ser julgada deserta, porquanto o prazo só deve ser contado de 23 de Outubro, sem que nelle sejam computados os sete dias que decorrem da intimação do despacho que recebeu a appellação á interposição do agravo, isto é, de 23 a 30 de Setembro, pois até passar em julgado o

mesmo despacho não podia o escrivão começar a trasladar o processo. Portanto, o prazo terminava a 23 de Janeiro; mas, mandando juntar naquella dia, aos autos originaes, a petição dos aggravados, requerendo a deserção, o juiz municipal tornou impossivel a remessa dos autos para o correio.

Deste simples enunciado vê V. Exc. que os Aggravantes continuam a desnortear. Pois requerida a citação dos appellados para o processo de deserção, onde mais, sinão nos autos principaes, tinha de se juntar a petição? Nem se concebe tal processo em 1.^a instancia, sinão no caso de ainda não haverem seguido os autos para o tribunal superior; no caso contrario, é na segunda instancia que se julgará deserta a appellação, sem que haja mais lugar ao antigo processo, desde que o art. 27 do citado Reg. n. 5467 aboliu o instrumento do dia de apparecer. Hoje basta que o appellado allegue, para que o juiz superior não tome conhecimento da appellação, que esta foi apresentada fóra do prazo legal.

Entretanto, para chegarem áquella outra conclusão, os Aggravantes obscurecem a verdade dos factos. Não foi no dia 23 de Janeiro que os Aggravados juntaram aos autos a sua petição, pois só no dia 24 é que os Aggravantes foram intimados para o processo de deserção; portanto, só neste dia, ou depois d'elle, é que teve lugar a juntada. Sendo assim, já exgottado estava o prazo, concedendo mesmo que expirasse a 23 de Janeiro.

De resto, já terá V. Exc. observado que a argumentação dos Aggravantes parte de um falso presupposto. Os sete dias decorridos do despacho de recebimento da appellação até a interposição do agravo, não podem deixar de ser computados no fatal de tres mezes, vista a disposição expressa do art. 21 do Reg. n. 5467, segundo o qual os prazos para a apresentação da appellação na 2.^a instancia decorrem da data do despacho pelo qual fôr recebida a appellação, e não se podem prorogar ou restringir.

E onde ouviram os Aggravantes dizer, que antes de passar em julgado o despacho que recebe a appellação, não póde o escrivão começar a trasladar os autos ? Tão curiosa é a descoberta, que chega a ser incomprehensivel. Pois não sabem os Aggravantes, que embora aggravado o despacho de recebimento da appellação em um só effeito, póde o

autor iniciar a sua execução, já que, como está dito até a saciedade, o agravo de instrumento não é suspensivo ?

E pois, qualquer que seja o lado por que se encare a defesa dos Aggravantes, é ella sempre imprestavel. A appellação está irremediavelmente deserta.

II

O que é, porém, mais interessante, é a pretensão de *descobrir-se* na molestia de um dos appellados e ausencia de ambos, justo impedimento para a apresentação da appellação.

De sorte, que a razão philosophica da deserção do recurso, razão que se basea, como já vimos, no brocardo juridico — *dormientibus non succurrit jus* — não se refere somente ao appellante, isto é, áquelle que unico tem interesse no proseguimento da appellação, mas tambem, contra a ordem natural das coisas, quasi contra o bom senso, áquelle cujo interesse é justamente deixar, sem todavia oppôr facto proprio, que a appellação deserte! Para desfazer semelhante pretensão, nem era necessario que os arts. 658 do Reg. n. 737 e 25 do Reg. n. 5467 explicitamente se referissem á molestia grave do *appellante*.

Quem sabe si não foi para pretensões taes que Bentham escreveu: “Em certos casos, a jurisprudencia pode-se definir a arte de escurer methodicamente o que é conhecido de todo o mundo ?”

Deixemos pois de parte a *generosidade* dos Aggravantes, que movidos por aquelle sentimento christão, *não quizeram* citar os Aggravados para verem a appellação seguir, pois o direito, em sua logica social, não vive na igreja, e expresso é o citado art. 25; indaguemos unicamente si a outra razão opposta é ou não procedente.

Houve impedimento opposto pelos appellados ora Aggravados, qual fosse o facto de se retirarem da comarca sem que deixassem procurador com poderes sufficientes para receber aquella citação — eis o que por ultimo pretendem os Aggravantes em seus embargos.

Mas além de estar provadissimo dos autos que o traslado ficou prompto muito antes da retirada dos appellados, aquella circumstancia não é motivo legal que releve da

deserção. Em primeiro lugar, sendo restricto e improrogavel o prazo para a apresentação da appellação na superior instancia, aos Aggravantes cumpria ou requerer a citação dos Aggravados por qualquer dos meios de direito que no caso coubesse, ou fazer constar em juizo a impossibilidade da mesma citação — só assim removeriam de si a presumpção de negligencia. Em segundo lugar, as procurações de As. 5 e 7 do instrumento de agravo contém poderes sufficientes para aquella citação; porquanto, dispondo a Ord. L. 3.º tit. 70 § 4.º, que *bastará ser citado o procurador sufficiente para isso*, sem que se exija *poderes especiaes declaradamente para o acto, como aliás a lei* exige para outros termos do processo, é obvio que basta a enunciação de poderes nos quaes se comprehendam os actos consecutivos e naturaes. Ora, naquellas procurações estão explicitos os poderes de acompanhar a causa em 1.^a e 2.^a instancia; portanto, sendo a remessa dos autos para a instancia da appellação, termo consecutivo e natural da marcha de qualquer causa, visto é que no procurador dos appellados havia poderes sufficientes para ser citado afim de vêr seguir a appellação. Pois o procurador habilitado para fallar na causa em segunda instancia, não está *ipso facto* habilitado para vêr seguir a appellação?

Defesa que se apegua em taes teias de aranha, não é seria.

De resto, a sentença aggravada é nesta parte a mais satisfactoria possivel: chamando para ella a attenção de V. Exc, põem os Aggravados remate ao seu memorial, tirando as seguintes conclusões:

1.^a) O provimento do 1.º agravo é inefficaz contra a deserção da appellação porque, só depois de exgottados os tres mezes, é que o Juiz teve conhecimento delle.

2.^a) Não occorreu nenhum dos impedimentos legaes que obstem o seguimento da appellação, nem coisa alguma se innovou depois da interposição do 1.º agravo.

3.^a) Descontados dos tres mezes o tempo decorrido de 30 de Setembro a 23 de Outubro, data em que ficou prompto o instrumento de agravo interposto do despacho do recebimento da appellação, e foi posto no correio, como prova a certidão de fl. 106 *in fine*, é materialmente incontestavel que a appellação está deserta”.

(^o) Pela regra — *Nemo ex dolo suo lucretur*.

Processo da appellação na segunda instancia

Apresentados os autos, o secretario do tribunal *ad quem* lavra immediatamente o respectivo termo de apresentação ⁽¹⁾; e logo que sejam elles preparados por quem mais interesse tiver ⁽²⁾, são conclusos ao presidente para os distribuir ao juiz a quem tocar as funções de relator ⁽³⁾. O secretario os distribue depois ao escrivão a quem competir nelles funcionar ⁽⁴⁾.

Recebidos pelo escrivão, este os faz conclusos ao relator, que por despacho manda dar vista ás partes ⁽⁵⁾.

Cada uma destas tem o termo de dez dias para fallar ao feito ⁽⁶⁾, podendo fazer os requerimentos que convierem, bem como ajuntar documentos. Si os ajuntar o appellado, terá nova vista o appellante para dizer sobre elles.

Arrazoadas por uma e outra parte a appellação ⁽⁷⁾, voltam os autos ao relator para os examinar e fazer o relatorio do processado, escripto nos proprios autos. Feito o que, passa-os ao juiz que fôr seu immediato inferior na ordem da antiguidade ⁽⁸⁾, para que tambem os examine, e este os passará por sua vez ao seu immediato, pondo cada um destes revisores nos autos o seu *visto*, a que o ultimo addiciona o pedido de dia para julgamento ⁽⁹⁾.

No dia que o presidente tenha designado, entrando em julgamento o feito, faz o relator exposição delle e motiva o seu voto. Em seguida têm successivamente a palavra os dous revisores, que igualmente dão os motivos dos respectivos votos ⁽¹⁰⁾. Afinal, recolhidos estes, o presidente publica o resultado da

votação, e conforme o vencido, cuja *summula* o secretario lança na acta, se lavra *accordam*, escripto pelo relator e assignado pelo presidente e os tres julgadores ⁽¹⁾).

Tal é hoje, em suas linhas culminantes, o processo do julgamento das *appellações* no Tribunal de Justiça de S. Paulo. Será ainda assim amanhã ? E si o não fôr, o de amanhã ainda será o mesmo no dia seguinte ?

Eis porque nos contentamos com estas linhas geraes, pois que tempo perdido seria fazer obra completa nesta aturada volubilidade legislativa em que vivemos.

(1) Reg. n. 737 de 1850, art. 661; Regim. de 3 de Janeiro de 1833, art. 27; Reg. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, art. 24 § 5.º e 110 comb. com o art. 128.

A exigencia de ser lavrado immediatamente, *logo que*, diz o cit. art. 110, o termo de apresentação, é de justificação obvia. Tendo os tribunaes de 2.^a instancia competencia para *ex-officio* não tomarem conhecimento das *appellações* que forem apresentadas fôra do termo legal a que nos referimos no § anterior, a primeira condição para o exercicio desta competencia é fazer certa a data da mesma apresentação.

(2) Os autos não serão sujeitos á distribuição sinão depois de pago o respectivo preparo — cit. Reg. n. 5618 de 1874, art. 128 § 1.º.

E dizemos — por quem mais interesse tiver — porque, não podendo ser o *appellante* coagido precisamente ao facto do preparo, pois que a lei dá outras providencias para o caso em que elle o não pratique, não raro tem o *appellado* interesse em que o processo da *appellação* prosiga até final.

Neste Estado, é este ponto regulado pela L. n. 338 de 7 de Agosto de 1895, cujo art. 12 tem como deserta a *appellação* que não fôr preparada dentro em tres mezes contados da apresentação no Tribunal, em dous os *aggravos* e cartas *testemunhaveis*, em um os *embargos* ao *accordam*.

O processo de deserção é o seguinte:

§ 1.º Exgottados estes prazos, a parte interessada ou seu procurador requererá ao presidente do Tribunal a intimação

da parte contraria de que lhe ficam assignados dez dias, para dentro delles preparar os autos respectivos, sob pena de ser julgado deserto o recurso.

§ 2.º O presidente do Tribunal, mandando que os autos lhe sejam presentes e verificando a procedencia do allegado, ordenará por despacho a intimação requerida.

§ 3.º Esta intimação será feita por um dos officiaes de justiça do Tribunal á propria parte ou ao seu procurador constituído nos autos quando residem nesta capital.

§ 4.º Quando a parte residir fora da capital, ou não tiver procurador, constituído nos autos ou, tendo-o, nem ella nem este forem encontrados, a intimação será feita por edital, publicado trez vezes no Diario Official.

§ 5.º O prazo de dez dias se contará da data da intimação ou do ultimo dia em que fôr publicado o edital.

§ 6.º Junta aos autos a petição com a certidão do official de justiça, ou a folha do Diario Official em que pela ultima vez fôr feita a publicação do edital, e passados os dez dias, o secretario do Tribunal os fará conclusos ao presidente, que na sessão seguinte os apresentará em mesa, fazendo o relatorio e submittendo a materia á discussão e julgamento, nos quaes tomarão parte os ministros presentes

§ 7.º Da decisão proferida não caberá recurso algum.”

(³) cit. Reg. n. 5618, arts. 128 e 110 combinados; Dec. estad. n. 123 de 1892, art. 133 § 1.º.

(⁴) cit. Dec. n. 123, art. 157 § 5.º

(⁵) Dec. n. 5618, arts. 116, 117 e 128 combinados.

(⁶) Bem entendido: cada uma das partes ou seja singular ou collectiva — cit. art. 117.

(⁷) Findo o termo de dez dias dado a cada uma das partes para arrazoar, deverá o escrivão cobrar os autos, com razões ou sem ellas — cit. Dec. n. 5618, art. 118; não os entregando o advogado, deverá se proceder criminalmente contra elle, consoante o que dissemos na not. 3.ª ao § 60 (1.º vol. pag. 293). Repetimos: temos como evidente que o art. 209 n. 4 Cod. Pen. revogou os arts. 713 — 715 do Reg. n. 737 de 1850.

(⁸) cit. art. 118. O mais moderno passa ao mais antigo.

(⁹) Dec. n. 5618, arts. 119 e 120.

Os prazos concedidos aos juizes para exame dos autos são estes: o relator tem quarenta dias, contados daquelle em que lhe fôr distribuido o feito, e os revisores têm vinte

cada um. Estes prazos podem ser prorogados, a arbitrio do presidente: o do relator por vinte, o dos revisores, por dez dias — Reg. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 70 §§ 2.º e 3.º.

— Quando o Procurador Geral do Estado tenha de fallar ao feito, deverá ser ouvido na forma e pelos prazos concernentes aos advogados das partes litigantes.

⁽¹⁰⁾ cit. Dec. n. 4824 de 1871, art. 70; Dec. n. 5618, art. 128 § 2.º — Podendo, porem, todos os membros do tribunal, accrescenta este artigo, discutir e elucidar a materia.

⁽¹¹⁾ cit. Dec. n. 5618, arts. 121 e 122.

— As actas deverão ser lançadas da maneira indicada no art. 1.º § 1.º do Dec. de 15 de Abril de 1834 — cit. Dec. n. 5618, art. 68.

— Si o relator se declarar vencido sobre o merito da causa, o presidente nomeará o juiz que deve lavrar o accordam — L. estadual n. 338 de 7 de Agosto de 1895.

— Apurada a votação e publicado pelo presidente o resultado, poderá algum dos juizes modificar seu voto de modo que altere o julgado?

A questão foi por nós tratada na consulta que aqui vai transcripta do *Jornal do Commercio* de 20 de Janeiro de 1901, e no mesmo sentido resolvida pelos eminentes advogados Pinto Ferraz e Lafayette.

CONSULTA

Na sessão do Supremo Tribunal Federal de 22 do corrente mez, entrou em julgamento o recurso extraordinario n. 178 do Banco Allemão, sendo recorrido o dr. Abilio Vianna.

Poi negado provimento por seis votos contra cinco. O Presidente do Tribunal publicou o resultado da votação sem que houvesse a minima contradicção, e o relator ficou encarregado de redigir o acórdão.

Que tal foi a decisão, consta da minuta do julgamento, publicada no dia 23 em todos os jornaes da Capital, bem como da acta da sessão do dia 22.

Succede que, na sessão seguinte, o Ministro relator, pedindo a palavra, declarou que votára equivocado, no sentido de ne-

gar provimento ao recurso, pois o seu voto era dar provi- mento.
Pelo que pergunta-se:

Em vista dos arts. 45, 46 e 92 § 7.º do Reg. do Supremo Tribunal Federal, tomados os votos pelo Presidente e publicado o resultado da votação, nomeando-se os juizes que votaram pró e contra na presença delles e sem contradicção alguma, é licito a algum dos juizes, na sessão subsequente, mudar de voto, allegando ter-se equivocado ?

31 de Dezembro de 1900.

RESPOSTA

A negativa me parece inabalavel.

Os recursos extraordinarios das sentenças definitivas das justças dos Estados serão julgadas, no Supremo Tribunal Federal, pela fôrma prescripta no art. 221 do decreto n. 1.030 de 14 de Novembro de 1890 — Regim. do Sup. Trib. Fed., art. 99.

Mas segundo aquelle artigo 221, o processo de taes julgamentos é o mesmo que as extinctas Relações do Imperio observavam no julgamento das revistas concedidas pelo extincto Supremo Tribunal de Justiça.

Ora, tal processo era o da Lei de 18 de Setembro de 1828 e dos Decs. de 9 de Novembro de 1830 e de 17 de Fevereiro de 1838 — Dec. n. 618 de 2 de Maio de 1874; sendo ainda certo que, nos pontos não regulados expressamente por alguma regra especial, ou peculiar de taes julgamentos, como fosse a intervenção oral das partes, vigorava o mesmo Regimento das Relações na parte referente ao processo e julgamento das appellações civis. Nem de outro modo podia ser, porque aquelle Regimento é a lei interna do Tribunal.

Taes são as disposições legaes dominadoras do ponto em questão.

Dispunha o art. 13 da Lei de 18 de Setembro de 1828, sobre o modo por que o extincto Supremo Tribunal de Justiça julgava as Revistas, que visto o processo pelo ultimo revisor e designado o dia do julgamento, *às portas abertas*, illustrado o Tribunal pelos tres Juizes que tinham visto os autos, e debatida a questão por todos os membros

presentes, *se decidiria*, á pluralidade de votos, si devia ou não ser concedida a revista, *lançando-se nos autos o resultado com as razões em que se fundassem*.

Esta disposição passou para o Regimento das Relações de 3 de Janeiro de 1833, art. 55 combinado com os arts. 29 e 30, e deste para o de 2 de Maio de 1874, ainda em vigor, como em principio se mostrou.

— As sessões serão publicas, diz o art. 53.

— A ordem dos trabalhos nas sessões do Tribunal será a seguinte: discussão e *decisão* de revistas e *appellações* civis, diz o art. 55 § 5 n. 10.

— O processo das *appellações* civis será o estabelecido para as *appellações* criminaes, diz o art. 28, com referencia aos arts. 118 e 122.

— O terceiro Juiz que tiver visto o processo, o apresentará em mesa, pedindo designação de dia para o julgamento, diz o art. 120.

— Discutida a materia por todos os desembargadores presentes *no dia aprazado para o julgamento, decidir-se-ha por maioria de votos*, diz o art. 121.

— *Conforme o vencido*, se lançará nos autos por acórdão, a *sentença* do Tribunal, escripta pelo relator e assignada por todos os Juizes, diz o art. 122.

— As actas das sessões serão lavradas da maneira indicada no art. 1 § 1 do Dec. de 15 de Abril de 1834, diz o art. 68.

— Esta acta deverá conter, diz aquelle art. 1 § 1:

4.º uma summaria noticia dos negocios que se expediram, bastando notar a qualidade do processo, os nomes das partes, *a favor de qual dellas foi a decisão*.

— Esta acta será lançada *no mesmo dia da sessão*, e assignada pelo Presidente e Secretario, accrescenta o cit. § I.

Tudo isso está clara e exuberantemente demonstrando que a causa se ha de decidir no dia designado, publicamente, e no mesmo dia será lançada na acta a *sentença* do Tribunal, em noticia summaria, nomeada a parte vencedora, bem como lavrado o *accórdão*.

E porque?

A razão está mostrando: é porque um julgamento publico, perante os interessados, e logo lançado nos autos e substancialmente lançado em acta, fez direito entre as partes, terminou o officio do Juiz, que já delle não se poderá

occupar sinão por via dos recursos legaes, que no caso couberem. *Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit* — fr. 55 de re jud. (XLII, I). E Ulpiano na sequencia do texto dá a razão da regra: é porque o Juiz, desde que condemnou ou absolveu, já não póde reformar sua sentença, porque, *mal ou bem, se desempenhou de sua função — semel enim male seu bene officio functus est.* — E' o mesmo preceito da nossa Ord. L. 3, tit. 66, 6.

Entretanto, como a materia do acórdão pode ser intrincada, e exija, portanto, cuidado e tempo, que facilmente não haverá sobre a mesa do Tribunal, ou a provavel accumulacão do serviço torne impraticaveis aquelles actos na mesma sessão, dispõe o art. 65 do cit. Regim. de 1874, *que aos relatores se permitta, quando o solicitarem, que levem os autos para os apresentar com o acórdão redigido na sessão immediata*, e o estylo dos Tribunaes tem permittido que a acta seja lavrada no intervallo de duas sessões, para ser approvada e assignada na seguinte.

Mas disto não é absolutamente licito inferir a possibilidade de se alterar o vencido: *a)* porque este, logo que foi publicado, *coram populo*, pelo Presidente, fez direito irretractavel; *b)* porque o relator só obteve prazo para *redigir o acórdão, scil.*, *conforme o vencido*; *c)* porque, si a acta não foi desde logo lavrada, ficaram as notas, pelo Presidente cheias com o resultado da votacão, e, logicamente, nomeada a parte em cujo favor se proferiu a sentença.

A negativa portanto, fica demonstradamente inabalavel.

A estes argumentos vêm indubitavelmente prestar subsidio os arts. 45, 46 e 92, § 7.º do Reg. do Supremo Tribunal Federal, citados na consulta, uma vez que as suas disposições se extendem explicitamente á discussão e decisão dos recursos extraordinarios — art. 31 n. 3, let. k.

Esta é a feição positivamente legal do assumpto. Quanto á sua feição moral, essa deixaremos sem commentarios. Basta inquirir: Que será do prestigio dos Tribunaes, si os Juizes votarem por equivoco? Que será da estabilidade das relações de direito, si a mesma causa poder ser ganha hoje e perdida amanhã?

S. Paulo 3 de Janeiro de 1901

Dr. João Monteiro

Indubitavelmente, não: o juiz que toma parte no julgamento de uma causa não pôde, depois de apurados os votos e de publicado o resultado da votação, mudar de voto, na sessão subsequente, dando, dess'arte, lugar a alterar-se o vencido; sobretudo quando, na especie sujeita, a mudança de voto partiu do relator, que examinou o feito, expoz publicamente a questão, justificou o seu voto e, sem contradicção alguma, ouviu a apuração do vencido, de conformidade com o qual deveria lavrar a sentença.

Esta solução, fundada nos arts. 45 e 46 combinados com o art. 92 § 7.º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispensa-me, pela clareza dessas disposições, de percorrer a legislação anterior, que, aliás, a justificaria.

Salvo melhor juízo.

S. Paulo, 4 de Janeiro de 1901

Dr. A. J. Pinto Ferraz

Ao 1.º.

A *decisão* do litigio submettido ao conhecimento do poder judiciario reputa-se definitivamente proferida: — si o juizo é singular, desde que a sentença escripta e assignada é publicada ou em audiencia ou por mão do escrivão; — si o juizo é colectivo, desde que os votos são tomados pelo presidente do tribunal e declarado por elle o resultado; e se passa a novo assumpto.

A sentença do Juiz singular, emquanto não é publicada pela forma legal, tem a natureza de um simples esboço, de um projecto em segredo e, portanto, pôde ser refeita, alterada ou modificada, como parecer á intelligencia e consciencia do julgador; mas logo que é publicada, toma o character de um acto juridico consummado e não é mais licito ao Juiz reforma-la ou altera-la de qualquer modo, salvo provocação da parte por via de embargos. (Pereira e Souza, Nota 574).

Quando, porém, a causa é julgada por tribunal colectivo, a decisão é havida por dada, logo que os votos são declarados e apurada a maioria.

“Debatida a questão por todos os desembargadores presentes, *decidir-se-ha*, á pluralidade de votos; e conforme *o vencido*, se lançará a sentença escripta pelo Juiz do feito e por todos assignada”. (Reg. de 3 de Janeiro de 1833, art. 30).

“Encerrada a discussão, o presidente tomará os votos. A *decisão* vence-se por maioria dos votos dos Juizes. (Reg. do Supremo Tribunal, arts. 45 e 46).

A decisão é lançada na acta da sessão.

“Os Secretarios deverão mais: § 1.º escrever em livro proprio.... 4.º.... os nomes das partes supplicantes e supplicadas, recorrentes e recorridas, a favor de qual dellas foi a decisão...”

(Decreto de 15 de Abril de 1834, art. 1.º § 1.º).

E’ da acta da sessão que consta a decisão e é a acta, pois, e não a memoria dos Juizes, a fonte de onde é deduzido o conhecimento do sentido da decisão para ser ella, por meio do accórdão, lançada nos autos.

O accórdão, portanto, que se lavrou, não faz a decisão, mas apenas a constata e lhe dá a fôrma externa legal, para que a mesma decisão produza os seus effeitos de direito. É tanto é esta a verdade, que no caso de fallecer ou ausentar-se algum dos Juizes, depois de dada a decisão e antes de lavrar-se o accórdão, não obstante, lavra-se o accórdão de conformidade com o vencido, sendo a assignatura do morto ou ausente supprida pela declaração dos nomes desses juizes pelo relator, especificando si foram vencidos ou vencedores”. (Decreto de 23 de Junho de 1834, art. 13). Ora, si a decisão fosse feita pelo accórdão, antes do accórdão não haveria decisão e, portanto, no caso figurado a causa devia ser novamente julgada, dando-se substituto ao Juiz morto ou ausente. Si assim não se procede, mas pela maneira acima indicada, é porque a decisão ficou dada pela manifestação e tomada dos votos e só resta dar-lhe a forma legal externa.

E’ um principio fundamental do nosso direito que a decisão definitiva de uma causa, uma vez dada (e nos tribunaes collectivos a decisão se entende dada, desde que em sessão publica os votos são declarados e tomados), não póde mais ser reformada, alterada ou modificada por deliberação espontanea do juiz ou tribunal, mas tão sómente mediante provocação da parte por via de embargos.

Acceita a doutrina exposta — doutrina inconcussa — é fôra de duvida que o accórdão a que allude a proposta não podia ser lavrado, sinão como foi, de conformidade com o vencido na sessão, em que a causa se julgou; não obstante

a mudança posterior de voto de um dos juizes, communicada em sessão subsequente, quando já a discussão e decisão da causa estavam encerradas.

E' absolutamente indifferente que o juiz, de que se trata, houvesse na deducção do seu voto sustentado opinião diversa daquella pela qual votou. E' o que não raro acontece.

“Fica entendido que a qualquer membro do tribunal é licito modificar, no *acto da votação*, a opinião que houver emittido na discussão”. (Decreto n. 738 de 1850, art. 9).

E' uma regra de direito que foi sempre praticada e que o cit. Reg. applicou expressamente aos tribunaes de commercio.

A decisão, pois, tal como foi dada pela manifestação dos votos, e lavrada no accórdão, não póde ser reformada ou alterada, qualquer que seja o motivo invocado, nem ainda por via de embargos, visto como a lei só admite contra accórdãos do Supremo Tribunal, no caso sujeito, embargos de declaração.

Ao 2.º:

Embargos de declaração, conhecidos já no nosso antigo direito, não são infringentes nem modificativos da sentença, mas só podem ter por objecto provocar a explicação de obscuridade ou duvida que occorre no texto do julgado, ou decisão de ponto omisso. (Reg. n. 737, art. 640, Reg. do Sup. Trib. art. 96, Consolid., art. 323).

Por via desses embargos, pois, não se póde reformar, alterar ou modificar a sentença; sinão tomariam a natureza de infringentes ou modificativos, e estaria a lei grosseiramente sophismada.

“Por estes embargos (de declaração)... não póde, porém, pedir-se *correccção* ou *mudança*. —Pereira e Souza, Nota 599; Regul. n. 737, art. 643.

Os embargos de declaração não podem versar sobre a substancia da decisão embargada, para altera-la.” (Revist. 8.728 de 23 de Novembro de 1870, Rev. Jurid., anno de 1871, pag. 123).

Rio, 11 de Janeiro de 1901

Lafayette Rodrigues Pereira

Força extensiva da appellação

Do principio consagrado por Ulpiano no fr. 2.º § 2.º *de pænis* (XLVIII, 19): *Eum accipiemus damnatum, qui non provocavit; cæterum si provocet, nondum damnatus videtur* ⁽¹⁾ — decorre uma regra de maxima relevancia na doutrina das appellações, regra que o nosso Ramalho ⁽²⁾ assim formulou: *Subindo a appellação á instancia superior, volta a causa e a pessoa ao estado em que se achavam antes da sentença da primeira instancia, AO TEMPO DA CONTESTAÇÃO DA LIDE, devolvendo-se todo o conhecimento della ao juiz superior, o qual pode conhecer da justiça da appellação e sentenciar a causa definitivamente.*

De facil comprehensão e conforme com os principios organicos do direito judiciario, offerece entretanto aquella regra algo de complicações e controversia.

Já vimos, que *lata sententia judex desinit esse judex*; e que é precisamente por força desta regra que o precipuo effeito da appellação é devolver ao juizo da segunda instancia o conhecimento da demanda, para que ali seja ella resolvida definitivamente. Mas qual é a extensão da competencia do juiz da appellação relativamente ao conhecimento e decisão da causa? e qual é a extensão da faculdade dos litigantes na deducção das respectivas pretenções em grau de appellação?

Quanto ao juiz, extranho é que ainda ande sujeito a controversia ponto que devera se firmar, como o que mais urgira no tocante á jurisdicção e competencia, em preceitos apodicticos ou brocardos inconcussos. E todavia, profunda é a divergencia que

radicalmente divide neste assumpto escolas e escriptores. Quanto ás partes, é bem de vêr que a efficacia decurrente da extensão que se lhes der aos respectivos direitos está indissolúvelmente presa á solução da primeira these.

De um lado, sob o predomínio deste extremado conceito: *appellatio extinguit judicatum*, certos escriptores, repisando no caminho por onde Cujaccio, Fabio e de Luca tinham espalhado a doutrina que passageira e rapidamente já combatemos ⁽³⁾, pretendem ver no juizo da appellação, não simplesmente o re-exame da causa qual foi debatida e julgada, mas nova e verdadeira acção. Para estes, consequentemente, licito será aos litigantes produzirem novos pedidos e respectivas provas, pedidos e provas que possam mesmo desnaturar a causa litigada e julgada, tão inteiramente, que a decisão superior seja a primeira no feito ⁽⁴⁾.

Do lado opposto, porém, partindo da regra ⁽⁵⁾: *tantum devolutum quantum appellatum*, outros escriptores sustentam que, não sendo nova causa o juizo da appellação, mas exclusivamente novo exame da mesma causa, aos juizes superiores não é licito julgar alem do que já foi debatido e julgado, ou de modo que a segunda sentença altere a substancia da primeira quanto ao fundo da demanda ⁽⁶⁾.

Qual das duas doutrinas deve ser a preferida?

Parece que a segunda, incontestavelmente ⁽⁷⁾.

Primeiro, porque só assim se manterá o principio do *duplo grau de jurisdição*; aliás, não haveria dous graus do mesmo poder, sinão duas jurisdições independentes ou dous poderes — o que é fundamentalmente falso. Fazer, atravez das allegações e provas produzidas na primeira instancia, novo exame do *julgado* para o fim de resolver definitivamente o pleito —

tal é a função do juízo *ad quem*, consoante o systema do duplo grau de jurisdição ⁽⁸⁾.

Em segundo lugar, porque a noção theorica e a construcção juridica da *contestação da lide*, quaes deixámos bem frisadas nos §§ 114 a 116, logicamente impedem a doutrina contraria. Desde que a *litiscontestatio* é a *mesma fixação do litigio, traduzida pela contradictoria exposição do direito das partes* ⁽⁹⁾, e *se consumma com a completa deducção da defesa* ⁽¹⁰⁾; desde que, e sem necessidade de recorrer ao pretendido quasi contracto, que a phantasia de alguns commentadores attribuiu á *litiscontestatio*, tem esta por effeito produzir a *consumptio actionis* no sentido que já assignámos a esta locução ⁽¹¹⁾, isto é, o phenomeno judicario impeditivo de addições ao libello e tambem, logicamente, á replica; desde que, como tambem já ficou dito em varias passagens, si a faculdade tolerada ao reo de variar de defesa está presa á condição de não trazer meios defensivos entre si repugnantes, e assim deve ser porque, como mostrámos no § 56, um dos principios legitimativos do processo consiste em manter as partes litigantes em perfeito pé de igualdade, attribuindo-lhes os mesmos direitos e as mesmas obrigações, e fôra contravir tão rudimentar principio o permittir que o réo altere substancialmente os termos da defesa contra os quaes o auctor se apparelhou, foi ouvido e deu prova; desde que, em summa, deve a sentença exclusivamente resolver a *contestação da lide*, e esta *se concentra no encontro das affirmações e contradicções bem definidas e explicitas dos litigantes*, é incontrastavel que menos não fôra que assolar o campo inteiro da logica judiciaria o consentir que as partes alterem, na instancia da appellação, os termos da contestação da

lide, ou que o juízo *ad quem* resolva pontos substanciaes não allegados no juízo *a quo* ⁽¹²⁾.

Isto posto, evidente decorre a formula ou expressão da força extensiva da appellação, e é: que no juízo da appellação só não é licito produzir demandas ou pedidos novos ou que não estejam implicitamente comprehendidos nos termos da contestação da lide ⁽¹³⁾.

(1) Quer dizer: “Seja tido por condemnado aquelle que não appellou; mas si appella, ainda não pode ser havido como condemnado.”

(2) *Praxe Braz.*, § 340.

(3) Vj. a not 3.^a ao § 224.

(4) O nosso Silva, *ad Ord. III, 83 pr., n. 36*, sustenta opinião original. Indagando si consentindo expressamente as partes em que o juízo da appellação conheça daquillo que não foi deduzido na primeira instancia, vale ou não o accordo, conclue que não, *quia in causis appellationis non admittitur prorogatio*. Entretanto, a despeito de tão correcto e rigido preceito da politica judiciaria, chave do problema que ora nos occupa, passa o emerito continuador de Pegas a expôr doutrina inaceitavel: *Sed hoc procedit in Judice, qui est incompetens ad cognoscendum de appellatione, quia forte non est superior judicis à quo; nam, si ejus est superior, et proprius Judex appellationis, prorogabilis est ejus jurisdictio, ac per consequens cognoscere potest de eo, quod in prima instantia deductum non fuit, consentiente utroque litigatore*.

Mas, sem notar a inapplicabilidade actual da distincção entre si é ou não superior do juiz *a quo* o juiz *ad quem*, basta reflectir, para deixar de lado a doutrina de Silva, que radicalmente falsa é a supposição de poderem as partes dispensar nas leis organicas do poder judiciario. *Jus publicum privatorum pactis mutare non potest* — fr. 38 *de pact.* (II, 14). Si toda jurisdição tem seus limites determinados, de maneira que, fóra dos casos legaes, nem no poder dos juizes está o dilatal-os (Glück, *Pandec.* § 202), como o conseguiria a vontade dos litigantes (vid. o nosso § 6.º n. IV)? Ou o juiz tem aquella competencia ou a não tem: eis toda a questão.

(⁵) Esta é cardinal e incontestável, por ser a primeira pedra dos fundamentos do instituto *rei judicatae*, cujo eixo tem por fórmula o *tantum judicatum quantum litigatum*.

(⁶) Num só conceito, qual o de Mancini (*Com.*, VI, 736): *Se il giudizio di appello costituisce un riesame della causa agitata presso i primi giudici, è conseguenza logica di questo concetto che la sua ampiezza debba esser circoscritta dalle dimande fatte in prima istanza.*

(⁷) Mas não foi sempre assim. Nos primeiros tempos do direito romano, como a appellação era um recurso ao príncipe, de cuja onipotência se pedia justiça, illimitada era a força extensiva ou comprehensibilidade do recurso. Expresso é o texto de Ulpiano — fr. 3 § 3.º *de appell.* (XLIX, I): “Mas que succederá si elle (o appellante) fez certa a causa da appellação ? Poderá abandonal-a e allegar outra ? Ou ficará adstricto como si fosse questão da forma sob a qual veio a juizo ? Entretanto, penso que, tendo uma vez appellado, bem lhe é licito, durante a instancia da appellação, produzir outros motivos em sustentação do recurso, e lhe promover os effeitos por todos os meios de que puder dispor.” Depois ainda, Deocleciano e Maximiano, na const. 6.ª *de appell.* (VII, 62), sancionaram, na phrase do citado Mancini, uma regra antiga quando declaram que em geral se pode deduzir no juizo da appellação as coisas que se omittiram na primeira instancia, e isto precisamente pela razão de não se ter em vista, na segunda, sinão obter justiça.

Foi só mais tarde, quando mais nitidamente se determinou a figura da appellação, que Theodosio, Arcadio e Honório estatuiram não se poder, no juizo da appellação, sujeitar á decisão questões diversas das que foram debatidas na primeira instancia (L. 25 C. 34 *de appell.*) — loc. cit., n. 738.

Veiu Justiniano, que no seu Código não consolidou aquella lei; todavia, na const. 4.ª *de temp. et rep.* (VII, 63), firmou as seguintes regras, evidentemente contrarias á doutrina que combatemos, tomada como absoluta: “Mandamos, por esta lei imperial, que permittido seja, tanto ao appellante como ao seu adversario, produzir no juizo da appellação, *comquanto isso não pareça conveniente*, novas affirmações e excepções, COMTANTO QUE SE PRENDAM ÁS COISAS QUE SE PROCESSARAM PERANTE O PRIMEIRO JUIZ, E DELLAS PROVENHAM.

E tal foi o conceito que afinal prevaleceu nas legislações modernas.

(⁸) Isto, porem, não quer dizer que o segundo juízo fique restrictamente preso a todos e só a todos os pontos que constituíram os motivos determinantes e o dispositivo da sentença appellada. *Pensando in tal guisa*, diz Mancini, *la sentenza renduta in prima istanza diverrebbe la stregua dell'ampiezza del giudizio di appello*. Não o é: a appellação tem por escopo corrigir o erro ou reparar a injustiça da sentença do primeiro grau; mas este erro ou esta injustiça tanto se pode concretisar de modo positivo, isto é, no que ficou explicito no dispositivo do julgado, como de modo negativo, isto é, no que deixou de ser considerado e resolvido no juízo *a quo*. Portanto, seria illidir o proprio recurso da appellação si ao appellante se negasse o direito de provocar e obter, do segundo juízo, creado para re-examinar *a causa*, que supprisse as lacunas e omissões do primeiro julgamento. Codigos ha que até auctorisam a cassação de sentenças inappellaveis no caso de omissão do juiz. Que prova isto, sinão que taes omissões, em sentenças appellaveis, se corrigem com a appellação ?

(⁹) Vj. 1.º vol. pag. 81, sobre Savigny, *Dr. Rom.*, vol. 6.º pag. 9.

(¹⁰) Ramalho, *Praxe Braz.*, § 140.

(¹¹) § 116, 1.º.

(¹²) Vj. § 114, 1.º vol. pag. 79.

(¹³) Boitard, obr. cit, n. 707.

Tambem este texto não significa que ABSOLUTAMENTE não seja licito, na appellação, modificar as conclusões deduzidas na primeira instancia. O que se não pode é mudar a substancia da causa, quer quanto á acção quer quanto á defesa. Não seria licito ao auctor, v. g., pedir a reivindicação *ex donatione* na primeira instancia e *ex empto* na segunda; nem ao réo repellir a acção primeiramente *ex empto* e depois *ex donatione*. Um titulo exclue o outro, de modo que, si tal mudança pudesse ser acolhida no juízo da appellação, por completo se anniquilaria o systema do processo.

Mas varias são as modificações que ao appellante e ao appellado se permite no que respectivamente articularam

no juízo *a quo*. Carré e Chauveau, vol. 4º, ao art. 465 Cod. Provc. civ. fr., apontam varios casos, todos enquadrados naquelle artigo, em cuja passagem —*Il en sera de même dans le cas où les parties voudraient changer ou modifier leurs conclusions* — varios escriptores assentam erroneamente como absoluta a doutrina que combatemos, quando a verdade é, que aquelle *changement* só se pode entender nos termos do art. 464, o qual explicita e absolutamente prohiibe que se formem *demandas novas* na segunda instancia.

Eis alguns dos casos mais frequentes, dentre os expostos pelo notaveis auctores das *Lois de la Procédure civile et commerciale* como receptiveis em grau de appellação, e que acceitamos.

1.º) Podem as partes produzir meios novos de acção ou defesa tendentes a solidar as deducções produzidas no juízo *a quo*.

Mas em termos, dizemos nós. O pretendido principio *in appellationibus non deducta, deduci, non probata, probari possunt* — admittido na Ord. Liv. 3.º tit. 20 §§ 28 e 29, não pode deixar de se restringir pela regra prohibitiva de *demandas novas*. Como ensinam auctoridades celebres, que o proprio Chauveau aponta, taes meios novos estão sujeitos á mesma regra que só permite ao auctor mudar os *motivos* das suas conclusões, mas *não o dispositivo* dellas. Vj. Merlin, *Quest. de dr. v.º Appel.*, § XIV art. 1.º

2.º) Portanto é licito na segunda instancia produzir documentos de que se não fez uso na primeira, uma vez que se destinem elles a fundamentar ou repellir a mesma demanda — Turim, 26 de Julho de 1806; Paris, 3 de Julho de 1813; Cass., 26 de Nov. e 23 de Dezembro de 1834.

Entretanto, o tribunal de Paris, 9 germ. e 9 flor. anno XI, julgou que o appellante vencido na *reivindicatio* não pode produzir, na appellação, e pela primeira vez, titulos justificativos de sua propriedade, e o tribunal de Cassação, 8 de Fevereiro de 1827, que áquelle que se queixou de uma contratacção não é licito produzir em appellação a patente de invenção que deixou de offerecer na primeira instancia.

3.º) Portanto ainda, licito é igualmente attacar as pretenções adversas por meios differentes dos que foram usados no juízo *a quo*, desde que o mesmo seja o resultado a obter. V. g.: bem se pode arguir de falso o titulo que antes se atacou na substancia — Paris 30 de Agosto de 1810. Merlin

vai até conceder que na segunda instancia se possa atacar um testamento pelo vicio da captação contra o qual na primeira se oppôz a demencia do testador.

4.º) Pode o juízo *ad quem* resolver sobre pontos não expressos no juízo *a quo*, uma vez que elles implicitamente se contemham na acção ou na defesa — Merlin, loc. cit., 16.º Silva *ad Ord*, III, 83 pr. n. 15. E a razão é porque, como, a proposito da coisa julgada, disse Toullier, o implicito tanto se contem no explicito quanto a parte no todo — Trib. de Cass. 17 de Outubro de 1809. E' por esta regra que o pedido dos juros se comprehende virtualmente no do capital, o dos fructos no da reivindicação & &.

5.º) Tambem e pela mesma razão, podem as partes restringir o que pediram no juízo *a quo*. V. g.: o municipio, que pretendia que o caminho X era publico, e decaiu da acção, pode na segunda instancia pedir que se restrinja a demanda a uma servidão *itineris* — Cassação, 14 de Julho de 1824.

O que não é licito é augmentar o pedido, e isso pela razão inversa: *si pars est in toto, totum non est in parte*. Si decahi da acção de servidão, não posso pretender que se reforme a sentença para se me dar a propriedade.

6.º) Ainda é licito *precisar e especificar* na segunda instancia o que *generica e indeterminadamente* se pediu na primeira. V. g.: pede-se na acção a nullidade de um titulo por *vícios de forma*; na segunda instancia se pede o mesmo mediante a especificação de vicio determinado — Burgos, 12 de Maio de 1830.

Como se vê, em todos estes casos, e muitos outros faceis de figurar, não se altera a acção ou a defesa em seus elementos substanciaes e fim proposto — não se illide a *litiscontestatio*.

(¹⁴) Tal é a disposição do art. 490 Cod. Proc. civ. ital.: “Nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove; se proposte, devono rigettarse anche d’ufficio”. Quasi é essa a regra do art. 464 do Cod. Proc. civ. fr.: “Il ne sera formé, en cause d’appel, aucune nouvelle demande, à moins qu’il ne s’agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l’action principale”.

O exame attento destes dous textos completará o estudo que ora nos occupa. Em primeiro lugar, a regra, depois, as duas excepções do Cod. francez.

Quanto á regra, fôra, por seu proprio enunciado, de maxima comprehensão e clareza, si, de um lado, o prurido de ampliações e restricções de que chronicamente padecem os escriptores, e do outro, a versatilidade tambem chronica da jurisprudencia, não a enchessem de distincções casuisticas, e tambem arbitrarías. Basta-nos, porem, determinar o que seja *nova demanda* ou *novo pedido*. O mais, não pertence á sciencia theorica do direito judiciario, sinão á subtiliza arguciosa dos batalhadores forenses.

Mas o que seja *nova demanda* ou *novo pedido* parece que facilmente se pode deduzir do que dissemos acima. Toda demanda se compõe de tres factores inseparaveis: a pretensão (*corpus, quantitas, jus*), a causa da pretensão (*causa petendi*), a relação juridica dos pretendentes (*conditio personarum*), e se firma na *contestação da lide* (*litis contestatio*). E' esta, como já vimos no vol. 2.º pag. 78, que *fixa a demanda*; quer dizer, que durante o processo, as contradictorias posições das partes não se podem modificar, esperando que a sentença fixe o direito. Na profunda concepção de Savigny, como não é possivel coincidirem no tempo a proposição da demanda e seu julgamento, foi preciso, para que as possiveis modificações da relação de direito litigiosa, pendente o processo, não annullassem as virtudes da acção, crear a *litiscontestatio* — *que reproduz artificialmente o estado de coisas que naturalmente se dera si fosse possivel proferir a sentença desde o inicio do processo*.

Logo, e logicamente, *novo pedido* será todo aquelle que converter, em outro, qualquer daquelles tres factores da demanda proposta e contestada; ou, em outros termos, o que alterar essencialmente o estado da causa, quer dizer: a contestação da lide.

Ainda podiamos reproduzir a felicissima licção do eminente Garsonnet (*Précis de Procéd.*, n. 684): “L'article 464 pose en principe qu'—il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande — mais il n'interdit pas d'y proposer des moyens nouveaux, et toute l'interprétation de cet article se réduit à distinguer les demandes nouvelles et les moyens nouveaux. Les définitions sont simples: les demandes nouvelles sont les prétentions formulées pour la première fois devant la cour; les moyens nouveaux sont les faits et arguments proposés pour la première fois devant elle à l'appui des demandes déjà formées en première instance.” Vj. mais

Boitard, a este art. n. 707; Mortara, *Princip.*, n. 161; Mattiolo, vol. VI, n. 484 e segs.

E só assim se deve entender a cit. Ord. L. 3.º tit. 20 §§ 28 e 29 e tit. 83 pr.; e assim a entendeu Mello Freire, lib. IV tit. XXIII § XIX, 4): *ut possint non adlegata in primo judicio adlegare, ut non probata probare; itaque novas exceptiones et articulos formare NON EXTRANEOS OMNIM A PRIMA ACTIONE*.

Finalmente, quanto áquellas duas excepções, pelo cit. art. 464 Cod. Proc. civ. fr. enumeradas em favor do reo, também muito sobre ellas se esbofam os escriptores. Entretanto, nada nos parece mais facil de determinar ou esclarecer.

Em mais de uma passagem temos combatido o falso preconceito que, nas demandas, outorga ao reo favores negados ao autor; quando a verdade é que só á propria natureza das coisas se deve attribuir as vantagens que, não raro, estão apparentemente mais do lado do reo do que do auctor. Sirvam de exemplos as duas referidas excepções, ou melhor, porque excepções verdadeiramente não são, as duas referidas modificações: a compensação, e qualquer causa impeditiva ou inhibitoria da acção principal, v. g.: a prescrição.

Porque se permite ao reo que opponha, na segunda instancia, a compensação que não oppoz na primeira? A razão é obvia: é porque a compensação longe de ser uma demanda nova, é um meio de extinguir a obrigação cujo implemento o auctor está pedindo. E porque, com a appellação, *res redit in eum statum a quo incipere potuit*, isto é, o negocio volta ao estado em que estaria se não tivesse intervindo a appellação (Mattiolo, VI, n. 455), nada pode obstar a producção dos meios de defesa que na primeira instancia podiam ter sido produzidos. A compensação, ou outro qualquer meio de impedir a condemnação, como a novação, o pagamento, etc, etc, não faz *mudar o objecto da demanda* — eis tudo — cit. Mattiolo, n. 483.

— Mas já não é licito oppôr a reconvenção que não foi allegada na primeira instancia da causa, pois que a reconvenção é em si mesma uma causa — Reg. n. 737 de 1850, art. 103; Aug. Barbosa, cap. I n. 6 *de mutat. pet.*; Pegas, ad Ord. III, IV pr., n. 4; Rev. n. 6042 de 17 de Abril e acc. rev. do Trib. do Com. do Rio, de 16 de Dezembro de 1861 (*Jurispr. Comm.*, pag. 76).

Em que differem a compensação da reconvenção se dirá no § 291, e essa differença justificará o porque aquella pode ser pela primeira vez opposta em grau de appellação, e esta não.

O que se disse da compensação se applica a qualquer facto inhibitorio da demanda, e *a fortiori*, a respeito da prescripção. E dizemos *a fortiori*, porque ha na prescripção, mesmo civil, alguma coisa que interessa á ordem geral. Si a prescripção criminal pode ser decretada *ex-officio* (Madia, *Istit. do Proc. Pen.*, § 70; Mangin, *Act. publ.* n. 287; Villeret, *De la prescrip.*, n. 78 etc, etc.) — Cod. Proc. Crim., art. 14 — e a civil, não (Cod. civ. fr. art. 2223), esta differença não quer dizer que só na primeira entra em jogo a ordem publica, sinão que, por obstar aquella a acção criminal e a pena, fica o poder publico, occorrendo ella, sem legitimidade para punir. *L'application ou l'exécution de la peine*, diz Villeret, *deviendrait un acte de rigueur toute gratuite du jour où son efficacité serait suffisamment constatée*. A razão da differença está somente em que, na prescripção civil, apenas indirectamente se interessa a ordem publica, por ser a prescripção um dos instrumentos da estabilidade da propriedade particular e, portanto, da livre circulação dos valores (§ 6.º, II).

Mas si a prescripção civil não pode ser decretada *ex-officio*, pode ser allegada em qualquer estado da causa, e até na execução de sentença que passou em julgado — Cod. civ. fr., art. 2224; Reg. n. 737 de 1850, art. 577 § 7.º

E eis que este artigo de nossa lei vem trazer o ponto final a esta nota, rapida revista de complexo, difficil e interessantissimo estudo.

Si, conforme elle, *o pagamento, a novação, a transacção e a prescripção supervenientes á sentença ou NÃO ALLEGADOS E DECIDIDOS NA CAUSA PRINCIPAL*, obstem a execução, como obstem os outros factos indicados naquelle art. 577, v. g., a compensação, não é porque abram elles excepções ao principio organico do processo, segundo o qual não mais é licito mudar a substancia da causa nem da defesa uma vez que se consummou, pela *litis contestatio*, a respectiva producção, sinão porque são meios diversos de tendencia identica, e que a logica impõe como necessarios a este fim da mais correcta politica judiciaria: não permittir que a

sentença dê vida simulada a uma pretensa relação de direito que qualquer daquelles factos, por sua natureza e força, suffocou.

ARTIGO V

Dos Embargos ao Accordam

§ 229

O que sejam

O recurso de *embargos ao accordam* é a *provocação a novo exame dos autos e reconsideração do julgado, interposta do accordam proferido pelos tres juizes da appellação para o tribunal* ⁽¹⁾.

Podem ser modificativos ou infringentes do julgado, e nelles se poderá allegar qualquer nullidade do processo ⁽²⁾.

Em caso algum serão admittidos novos embargos da parte que já uma vez tiver embargado, no mesmo feito, um accordam do Tribunal, excepto si forem de declaração ou de restituição de menores ⁽³⁾.

⁽¹⁾ O Regim. de 3 de Janeiro de 1833 admittia embargos ao accordam, que eram produzidos ou na chancellaria, precedendo faculdade impetrada do presidente da Relação, ou nos proprios autos, e então, depois de impugnados e sustentados pelo embargado e pelo embargante, eram vistos e decididos pela mesma forma que as appellações — arts. 56 a 58.

O Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 manteve, no art. 662. a regra do processo civil, fazendo explicitamente susceptiveis de embargos as sentenças proferidas nas Relações, e lhes dando como julgadores os mesmos tres juizes do accordam embargado — art. 664.

Esta disposição foi reproduzida no art. 48 do Dec. n. 1597 do 1.º de Maio de 1855, e mais tarde ainda no art. 160 do Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874.

A Lei deste Estado, n. 203 de 30 de Agosto de 1893, veio corrigir um vício organico do presente recurso, estabelecendo a regra do art. 6.º, segundo a qual todos os ministros do Tribunal de Justiça examinam e julgam os embargos ao accordam. Indubitavelmente assim devia ser; e tanto comprehendeu o legislador paulista que tanto maior garantia offerecem os recursos que são interpostos para auctoridade que não aquella que proferiu a decisão recorrida, que no § unico do art. 3.º prohibiu que fosse relator dos embargos algum dos julgadores do accordam embargado. E si a nova lei n. 757 de 17 de Novembro de 1900, com o infeliz desmembramento do Tribunal nas duas Camaras, de que fallámos na not. 7 ao § 214, diminuiu o numero dos julgadores dos embargos ao accordam, deixou felizmente ainda de pé o preceito da L. de 1893: os embargos são julgados por todos os juizes da Camara Civil.

Entretanto, diz-se que se chegou a ponderar a idéa da supressão deste recurso, como desrespeitoso e inutil.

Desrespeitoso! como seria animador, no seculo XX, voltarmos aos auctoritarios tempos das apertadas rêdes da primitiva hierarchia imperial romana... Desrespeitoso!

Mas haverá por ventura juizes infalliveis neste mundo? Tão extravagante e perigosa seria semelhante pretensão, que na appellação n. 1817, de Antonio Proost Rodovalho v. Bernardino Monteiro de Abreu, pelo primeiro, como embargante, se nos afigurou necessario escrever estas linhas:

“Antes de tudo, o Embargante requer — ou melhor: pede, exora, supplica e implora, que o Egrégio Tribunal não tome os embargos *retro* na mesma quasi nenhuma consideração com que de solito olha para o recurso de embargos ao accordam.

“— Desrespeitoso recurso! já houve juiz que assim o qualificou. Entretanto, o famoso Savigny, a mais brilhante condensação da sciencia juridica neste moribundo seculo, louvava o juiz, que provocado a novo exame da causa, aprofundava o estudo do assumpto, encarando-o sob todas as faces (*Syst. du Dr. Rom.*, VI, 286). O juiz tanto mais honra a toga, quanto maior jurisconsulto mostra ser; mas nenhum jurisconsulto sentiu-se jamais amesquinhado com discutir...

“Discutamos. A questão é interessante e grave: si conseguirmos demonstrar, como se espera, que foi mal resolvida no accordam embargado, seja elle reformado por honra do proprio Tribunal.

“Não se humilha o juiz que emenda o proprio erro. . .E que se humilhe... a humildade não avilta. Já o disse famoso jurisconsulto italiano: *“L’umiltà è una virtù che fa grandi i piccoli e grandissimi i grandi; l’avvilimento è una degradazione che annulla il piccolo e impiccolisce il grande.”* F. Fulvio, ao § 55 de Haimberger.”

Inutil? Mas porque? Porque, dizem, quando os julgadores dos embargos eram os mesmos do accordam embargado, já tinham a respectiva opinião bem cimentada: que poderia o advogado contra ella? agora, que julgadores são todos, manda o espirito de colleguismo aos ultimos que confirmem o voto dos primeiros.

E si acaso se lhes observa que a sustentação oral dos embargos, ora permittida pelo art. 6.º da cit. L. n. 203 de 1873, pode determinar a reconsideração do accordam, ainda é pouco quando respondem com um simples sorriso de incredulidade mofadora. Discursos! que valem discursos! quanto é facil os fazer! No emtanto, o maior orador do mundo romano e que o mundo inteiro até hoje conhece pelo nome de Cicero, já replicava, contra aquelles que se faziam écho daquella semsaboria, que ha na arte oratoria algo de mais difficil e que exige mais estudo e erudição do que em geral se pensa. *Enim majus est hoc quiddam, quam homines opinantur; et pluribus ex artibus studiisque collectum.* (De Orat., I, IV).

No emtanto, muito mais modernamente ainda, um dos mais celebres advogados de Nova York, William Snyder, abriu a mais celebrada das suas obras com estas palavras: *The history of human experience has shown that the individuals who have exerted the most potent influences in the world were those who possessed, in the most eminent degree, the supreme power of eloquence.* (Great speeches by Great Lawyers, Intr.) — Advogados! mas *les avocats*, como dizia Cormenin, o celebre Timon, *parlent pour qui veut, tant qu’on veut, sur tout ce qu’on veut.* No emtanto, o eminentissimo Procurador geral Renouard, no seu famoso discurso *De l’impartialité dans la magistrature*, teve a seguinte phrase magnifica: que si os magistrados soubessem bem

ponderar o valor e a influencia dos advogados, *bien plus facile serait leur charge*.

E que melhor demonstração da utilidade deste recurso do que o facto visto quasi todos os dias no venerando Tribunal de Justiça deste Estado — a reforma de accordams, mesmo unanimes?

(²) L. cit. n. 203 de 30 de Agosto de 1893, art. 2.º com referencia ao art. 663 do Reg. n. 737 de 1850.

Este ultimo artigo accrescenta: *e quanto á materia facto só poderão ser offerecidos sendo acompanhados prova litteral incontinenti*.

O acc. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 13 de Março de 1894 (*Gaz. Jurid.*, V, 113), ainda fez applicação explicita desta restricção, de todo contraria á boa doutrina. Os embargos ao accordam têm a mesma natureza dos embargos á sentença, e estes podem ser todos e quaesquer tendentes a modificar ou reformar o julgado.

Melhor que o voto vencedor foi o voto vencido, o qual entendia *ser aquelle artigo 663 só referente a questão de facto ainda não allegada e provada nos autos, mas não quanto aos factos já allegados e provados na causa*. Este até parece ser o espirito do art. 4.º da L. n. 203 de 1893.

— O mesmo art. 663 dispõe que, alem dos embargos referidos, *serão ainda admissiveis os de restituição*; e o acc. do Tribunal, de 25 de Março de 1898, na celebre questão de Victor Nothmann v. o Mosteiro de S. Bento a proposito da Varzea do Carmo, ainda deu restituição ao Mosteiro, pessoa juridica muito rica e poderosa, e que *ab initio* figurára na causa acompanhada de valentes patronos! E diz mais o accordam: que *o citado art. 663 auctorisa taes embargos embora a parte tenha antes offerecido outros modificativos ou infringentes, e portanto tenha acompanhado o feito*.

Isto é o que ahi não está, mas aliás repugna com os verdadeiros principios, na data do accordam já consignados no art. 334 do Dec. n. 848 de 1890.

E por entendermos que esta ultima disposição deve hoje se generalisar, reputamos tambem derogado o art. 157 do Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, que permittia segundos embargos ao accordam quando de restituição.

A sciencia não pode deixar de ser, e sempre, um dos mais poderosos instrumentos da hermeneutica juridica.

(³) L. estadual n. 338 de 7 de Agosto de 1895, art. 10.

Dispõe mais este art.:

§ 1.º Sendo offerecidos embargos, não admittidos por este artigo, o escrivão do feito, juntando-os aos autos, independentemente de preparo, os fará conclusos, no primeiro dia útil seguinte, ao presidente do Tribunal com uma informação escripta.

§ 2.º Tomando conhecimento da informação, o presidente do Tribunal apresentará os autos em mesa, na primeira sessão ou na seguinte, fazendo o relatorio e submettendo a materia á discussão e julgamento, em que tomarão parte os ministros presentes, não cabendo recurso algum do accordam proferido.

§ 3.º Si o Tribunal entender que a informação não procede porque os embargos são dos admittidos, o presidente fará constar isto dos autos, baixando estes ao cartorio para proseguir-se, depois de feito o preparo, nos termos regulares do processo.

§ 230

Seu processo

Dentro em cinco dias, contados da intimação do accordam, pedirá o embargante vista dos autos ao presidente do Tribunal e no mesmo prazo apresentará os seus embargos em cartorio.

Depois de preparados e distribuidos ao juiz a quem tocar ser relator, com excepção dos julgadores da appellação, terão as partes vista pelo termo de dez dias cada uma successivamente (¹) para a impugnação e sustentação dos embargos.

Segue-se o processo preliminar do julgamento das appellações, com a differença já notada de fazerem exame dos autos todos os juizes desimpedidos, tendo o relator o prazo de quinze dias, e cada um dos

outros, na ordem da antiguidade, o tempo que decorrer até a segunda sessão ordinária seguinte áquella em que lhe fôr passado o feito, salvo havendo prorrogação, nunca excedente de dez dias, pedida por escripto nos autos e deferida pelo presidente.

No dia que fôr designado pelo presidente terá lugar o julgamento.

Si as partes, singulares ou collectivas, ou alguma dellas, tiverem protestado, na impugnação ou sustentação dos embargos, por exposição oral de suas conclusões, terão direito á palavra, por seus advogados, logo após o relatorio, por uma só vez cada uma, e por um quarto de hora, no maximo, fallando em primeiro lugar o embargante.

Terminado este acto, ou logo após o relatorio si as partes não fizeram aquelle protesto ou não estiverem presentes, o relator motivará o seu voto, e a causa será posta em discussão entre todos os juizes.

Si não houver proposta no sentido de se adiar o julgamento para a sessão seguinte, o presidente recolherá os votos, na ordem inversa da antiguidade, e a decisão será tomada por maioria de votos. No caso de empate terá voto o presidente.

Apurada a votação, si o relator se declarar vencido, o presidente indicará, dentre os juizes da maioria, aquelle que deve lavrar o accordam.

Si fôr reformado o primeiro accordam, e a parte vencida oppuzer embargos ao segundo, servirá de relator o mesmo juiz que o foi dos embargos vencedores, seguindo-se, quanto ao mais, o mesmo processo acima exposto ⁽²⁾.

Os embargos de declaração podem ser julgados independentemente de revisão, si assim resolver o Tribunal, por proposta do relator, que nesse caso apresentará os autos em mesa com o seu relatorio

e fará a exposição da matéria, propondo a dispensa de revisão. Assim resolvendo o Tribunal, o presidente o fará constar dos autos, designando para o julgamento a sessão ordinária seguinte ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Estávamos fazendo a correção typographica desta página, quando lêmos no *Diário Oficial* deste Estado, de 16 de Abril de 1901, a publicação do *Regimento Interno do Tribunal de Justiça*, em cujo art. 185 se diz que este termo será de cinco dias.

Não podia ser: havia com certeza ali erro typographico. A lei marca dez dias — L. n. 203 de 30 de Agosto de 1893, art. 4.º, comb. com o art. 159 do Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, ainda em vigor, *ex vi* do art. 2.º n. 2 das *Disposições transitorias* da L. n. 18 de 21 de Novembro de 1891.

O honrado Presidente daquelle Tribunal acaba de nos informar que effectivamente aquillo não passou de erro typographico ou lapso de copia.

⁽²⁾ L. estad. n. 203 de 30 de Agosto de 1893, arts. 2 a 7; *id.* n. 338 de 7 de Agosto de 1895, art. 9; Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, arts. 156-162.

⁽³⁾ cit. L. n. 338, art. 11.

ARTIGO VI

Da Revista

§ 231

Definição

Revista é o recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia, nos casos expressos na Constituição e leis organicas da justiça federal ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Const. Fed., art. 59 § 1.º; Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 9.º § unico; L. n. 221 de 20 de No-

vembro de 1894, art. 24; Regim. int. do Supremo Tribunal Fed., art. 15 § 2.º let. b).

Escusado é dizer que aqui só consideramos a revista no sentido da nossa definição, sendo entretanto certo que bem podem os Estados, nas leis organicas do respectivo poder judiciario, estabelecer um tribunal de revista das sentenças de seus proprios juizes e tribunaes, sem que entretanto tal revista tenha ponto algum de afinidade com a que faz assumpto do nosso curso.

Nem ha tambem afinidade alguma entre este e o recurso de revista do tempo do Imperio, como melhor se verá no § seguinte.

E digamos desde já que não nos parece feliz a denominação de EXTRAORDINARIO com que costumam indicar o presente recurso.

Creação do Dec. n. 848 de 1890, que organisou a justiça federal, ali não lhe foi caudado aquelle adjectivo; nem de extraordinario o chamou a Constituição. Foi o Regimento do Supremo Tribunal Federal, de 8 de Agosto de 1891, que introduziu tal qualificação, como se vê do seu cap. VII —Dos recursos *extraordinarios* das sentenças definitivas, & —; e infelizmente, sem critica, a L. n. 221 de 1894 baralhou de todo a technica, pois que, havendo reproduzido, no art. 24, a expressão *extraordinario* do citado Regimento, caiu nos arts. 54, IV e 58 no grave descuido de chamar *appellação* o recurso que estamos estudando, descuido ou erro que Lucio de Mendonça deixa bem patente n'*O Direito*, vol. 71 pag. 165, e João Mendes Junior na *Rev. de Jurispr. do Inst. dos Advog. de S. Paulo*, vol. IV pag. 98.

Como bem observa este professor, si mesmo no tempo do Imperio alguns notaveis praxistas, como Ramalho, Paula Baptista e Teixeira de Freitas, entendiam ser a antiga revista um *recurso extraordinario*, assim scientificamente não era, e neste sentido passa a transcrever Souza Pinto e Moraes Carvalho.

Dizia aquelle no § 1713: “A revista, que outr’ora era um recurso extraordinario, que se interpunha das sentenças de maior alçada para o Principe (Ord. III, 95, 10; Regim. do Desemb. do Paço, § 34), é hoje entre nós, por disposição do nossoCodigo fundamental do Imperio (art. 161 § 1.º), um recurso ordinario, que para o Supremo Tribunal de Justiça se interpõe das sentenças proferidas na segunda

instancia”. Quasi as mesmas palavras repetiu Moraes Carvalho no § 812 e not, que por sua vez reproduzira Nazareth, § 560.

De facto, como muito bem disse João Mendes Junior “todo recurso, desde que possa ser interposto, processado e decidido entre agentes e por agentes de um poder da mesma natureza, é um remedio *ordinario*, quaesquer que sejam as regras relativas aos *casos*, ao *modo* e á *forma* da interposição, processo e decisão. Não ha recurso mais restricto do que o recurso de *aggravo*; e ninguém ainda se lembrou de affirmar que o *aggravo* é um recurso *extraordinario*. Recurso *extraordinario* era, por exemplo, o antigo da — *Queixa immediata ao Principe*; recurso *extraordinario* é actualmente apenas o recurso de *graça* ou *indulto*, e mais nenhum”. Assim o emerito professor tivesse razão no mais daquelle seu estudo ...

§ 232

Historia do recurso de revista

Já no primeiro vol., pag. 207—210, ficaram as primeiras linhas historicas do recurso de revista, cuja raiz fômos buscar na const. 2.^a *Quando provocare non est necesse* (VII, 64), por sua vez fonte innmediata da nossa Ord. Liv. 3.^o tit. 75 § 2.^o

O imperador Alexandre aos Capitaneos ali prescreveu não ser necessario o recurso de appellação toda a vez que a sentença fosse *evidentemente contraria ás leis*, e a desnecessidade de appellar provinha de ser *nulla* tal sentença.

E ali se figurava, como caso de nullidade, a decisão que julgasse bom o testamento do menor *posto que de menos de quatorze annos*. Ao contrario, irretractavel seria a sentença si o juiz, ainda que o testador fosse em verdade menor daquella idade, o tivesse julgado, pela prova colhida, maior de quatorze annos (¹).

Eis aqui o germen da cassação ou da revista, como depois a tivemos. Separada a questão de *direito* da de *facto*, uma e outra sempre concorrentes em qualquer acção, uma que se resolve pela lei, a outra pela prova, só esta ultima ficava definitivamente decidida na primeira instancia da causa, si appellação não houve, ou na segunda, si deste recurso o vencido lançou mão.

A *quaestio juris*, porém, como a lei, em sua soberania intangível, não podia ficar sujeita ao pendor dos juizes, essa devia se manter insubmersível no pelago, sempre vário, das tempestades forenses. “Era pois essencial, indispensavel descobrir um meio, crear uma auctoridade, que tivesse a alta missão, não de ser uma terceira instancia, sim de exercer uma elevada vigilancia, uma poderosa inspecção e auctoridade, que defendesse a lei em these, que fizesse respeitar o seu imperio, o seu preceito abstracto, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesse das partes, embora pudesse aproveitar ou não a ellas por via de consequencia. A sua missão directa e fundamental devia dirigir-se a conduzir os tribunaes ao sagrado respeito da lei, á pureza e uniformidade de sua applicação, a obedecer-lhe religiosamente ⁽²⁾”.

E’ por isso que a Ord. Liv. 3.º tit. 75, sobre o caminho do direito romano, prescrevendo não ser necessario appellar da sentença *que per Direito é nenhuma*, apresenta como exemplo de sentença que *em todo o tempo pode ser revogada* a que é dada *contra direito expresso*, assim como si o juiz julgasse, *direitamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso*. E para que duvida não houvesse sobre o verdadeiro sentido da lei, no já

citado § 2.º acrescentou o legislador philippino que *valiosa, porém, seria a sentença que julgasse contra o direito da parte, mas não contra o direito expresso*, uma vez que della não se tivesse appellado ⁽³⁾.

Cogitando de estabelecer a auctoridade a quem incumbisse tão elevada missão, qual a de manter o imperio da lei em sua força potencial e abstracta, o direito brasileiro, para execução dos arts. 163 e 164 da Constituição de 1824, que haviam creado, na capital do Imperio, um tribunal com denominação de Supremo Tribunal de Justiça e a competencia de *conceder ou denegar revista nas causas, e pela maneira que a lei determinasse*, trouxe a L. de 18 de Setembro de 1828, que, dando organização áquelle tribunal, dispoz, no art. 6.º, que as revistas somente seriam concedidas quando se verificasse um dos dous casos: *manifesta nullidade* ou *injustiça notoria* nas sentenças proferidas em todos os juizos em ultima instancia. E dispôz mais no art. 7º, que as revistas civis não suspenderiam a execução das sentenças.

Arrazoado o recurso na instancia recorrida, e trasladado o processo, subiam os autos originaes ao Supremo Tribunal, e ali, depois de vistos por tres ministros, sendo relator o primeiro delles, era a causa debatida por todos os membros do Tribunal presentes á sessão, e á pluralidade de votos decidido si devia ou não ser concedida a revista.

Denegada esta, voltavam os autos ao juizo recorrido; concedida, eram remettidos *ex-officio* á Relação que o Tribunal designasse. Afinal a Relação revisora, sem mais audiencia das partes, decidia definitivamente a causa.

Veiu depois o Dec. de 9 de Novembro de 1830, que no art. 3.º modificou a L. de 1828, dando, nos tribunaes revisores, audiencia ás partes, para por si

ou seus procuradores e advogados fazerem observações ao relatório, oralmente, e antes que o relator motivasse o seu voto.

Posteriormente o Dec. de 20 de Dezembro de 1830 definiu no art. 8.º o que eram a *nullidade manifesta* e a *injustiça notoria* da L. de 1828, as quaes deviam ser entendidas nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de Novembro de 1768 §§ 2.º e 3.º ⁽⁴⁾.

Depois, o Reg. n. 9 de 17 de Fevereiro de 1838 estabeleceu no art. 1.º uma regra fundamental, a saber: que as Relações, julgando em grau revisor, se considerassem plena e perfeitamente substituídas ás outras relações, tribunaes e juizes singulares, que tivessem proferido as sentenças que deram motivo ao recurso, para julgarem as causas como si estas nunca tivessem sido julgadas ⁽⁵⁾.

Com o Reg. n. 143 de 15 de Março de 1842, art. 31, ratificaram-se todas aquellas disposições, trazendo o art. 32 a regra das alçadas para qualquer recurso, inclusive o de revista.

Eram, portanto, as seguintes, as regras fundamentaes deste recurso, quando veio a Republica federativa alterar por completo aquelle systema:

a) Só havia revista das sentenças proferidas em ultima instancia;

b) Não havia revista das sentenças proferidas em causa cujo valor coubesse na alçada dos juizes que as houvessem proferido;

c) O Supremo Tribunal de Justiça não julgava o fundo da questão: apenas verificava si era ou não caso de revista; si o não era, negada esta, a sentença recorrida se constituia em *coisa soberanamente julgada* ⁽⁶⁾; si o era, remetia oficialmente os autos á Relação, que fosse designada;

d) Esta julgava definitivamente a causa, sem que ficasse adstricta á decisão do Supremo Tribunal de

Justiça, antes como se nenhum julgamento tivesse havido nos autos.

A federação republicana veio, *ipso facto*, abolir o Supremo Tribunal de Justiça, e com elle, derrocado ficou o recurso de revista, qual tínhamos ⁽⁷⁾. A dupla necessidade de organizar, consoante as ideas do Governo Provisorio, constantes da *Exposição* do ministro da Justiça ao Chefe daquelle Governo, em Janeiro de 1891, independentes entre si, a justiça federal e a justiça dos Estados, tornou impossivel a subsistencia deste recurso nos mesmos termos em que era antes processado.

Mas, si de um lado aquella independencia não tolerava a centralisação judiciaria caracteristica da antiga revista, pois que os tribunaes dos Estados não podiam permanecer sujeitos á censura de outra qualquer auctoridade quanto aos actos de sua função especifica, qual é applicar a lei aos casos occorrentes consoante leis processuaes suas, a feliz concentração, no poder legislativo federal, da faculdade de legislar sobre o direito substantivo brasileiro, trouxe, de outro lado, a imposição de um poder, que, como o antigo Supremo Tribunal de Justiça, garantisse a integridade e mantivesse a pureza do direito nacional.

Veu então o Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, que creando o Supremo Tribunal Federal, lhe conferiu, no art. 9 II § un., a competencia de conhecer, por via de recurso, das sentenças definitivas proferidas pelas justiças dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer auctoridade que haja actuado em nome da União, qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contraria á constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria á validade do titulo, direito e privilegio e isenção, derivado do preceito ou clausula.

Promulgada a Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, esta, no art. 59 § 1.º, assim dispôz:

“Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado fôr contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.”

Dous dias depois, veio o Dec. n. 1 de 26 de Fevereiro de 1891 dar installação ao Supremo Tribunal Federal, dispondo, no art. 3.º, que passasse elle a exercer as respectivas funcções segundo o regimento do extincto Supremo Tribunal de Justiça, *emquanto não organisasse o seu, e guardadas as disposições do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890.*

A 8 de Agosto de 1891 foi publicado o Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, em cujo art. 15 —Das attribuições do Tribunal — assim se dispôz:

“§ 2.º Julgar em grau de recurso, e em ultima instancia:

b) as questões decididas pelas justiças dos Estados ou do Districto Federal, em ultima instancia, que versarem:

1. sobre espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tratado (vid. not. 8.^a *infra*);

2. sobre validade ou applicação de tratados e leis federaes, si a decisão recorrida fôr contra ella;

3. sobre a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federaes, si a decisão recorrida considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas;

4. sobre legitimidade do exercicio de auctoridade que haja funcionado em nome da União, si a decisão recorrida fôr contra a legitimidade;

5. sobre a validade de titulo, direito, privilegio ou isenção, que se pretenda derivar de preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, si a decisão recorrida fôr contraria á validade (Const., art. 59 III § 1.º e art. 61 § 1.º; Dec. n. 848, art. 9.º II letr. b e § un., e art. 61).”

Finalmente a L. n. 221 de 20 de Novembro de 1894 veio completar a noção do presente recurso, dispondo no art. 24 que:

“O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos *extraordinarios* (?) das sentenças dos tribunaes dos Estados ou Districto Federal nos casos expressos no art. 59 §§ 1.º e 2.º da Const. e no art. 9 § un. let. c) do Dec. n. 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 e 102 do seu Regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso, *sem se*

extender a qualquer outra, por ventura compreendida no julgado.

“A simples interpretação ou applicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9.º § un. let. c) do citado Dec. n. 848 ⁽⁸⁾.”

Tal é a historia do presente recurso, que continuamos a denominar de *revista*, não obstante não o chamarem assim as novas leis republicanas, que ora o designam pelo simples nome de *recurso*, ora pelo de *recurso extraordinario*, ora pelo de *appellação* ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Eis aqui a const. 2.^a em sua integra:

“Si entre ti e teu avô se levantou litigio acerca da successão do defuncto, e o juiz delegado pelo presidente da provincia decidiu que o defuncto, posto que menor de qua-torze annos, poude testar, e consequentemente deu ganho de causa a teu avô, manifesto é que a sentença desse juiz, evidentemente contraria ás leis, é nulla. Eis porque não tens necessidade, para a fazer cassar, de interpôr appellação. Mas si o juiz, tendo se informado da idade do testador, achou que este completára o seu decimo quarto anno, e em consequencia julgou bom o testamento, tu não appellaste desta sentença, ou si, tendo appellado, desististe da appellação, já a não poderás fazer retractar, porque ella passou em julgado”.

⁽²⁾ Taes são as profundas palavras do venerando Marquez de S. Vicente, *Dir. Publ. Braz.*, n. 478, as quaes foram muito depois summuladas no accordam do extincto Suprema Tribunal de Justiça, de 10 de Julho de 1878, Rev. n. 9268.

⁽³⁾ Assim fecha o § 2.º, reflectindo a Const. de Alexandre:

“E pode-se, por exemplo, si fosse contenda sobre um testamento, dizendo-se por uma parte, que o testador era menor de quatorze annos ao tempo em que o fez, e da outra parte se dissesse, que era maior; e postoque pelas inquirições se provasse que era menor da dita idade ao dito tempo, o Juiz julgou o testamento do bom e valioso, não

havendo respeito, como é por Direito determinado, que o testamento feito pelo menor de quatorze annos é nenhum; mas havendo respeito como se não provava ser menor, sendo porem provado e contrario pelas inquirições”.

Destas regras é que veio o conceito de Silva, a esta Ord., n. 1: *Sententia lata contra jus litigatoris et non contra leges expressas, valida est.*

(⁴) *Nullidade manifesta* sempre se entendeu aquella que resultava da *preterição de algum acto essencial, ou de formula para elle estabelecida por lei, com pena de nullidade* — Nazareth, § 561. Para a legitimidade do recurso de revista, porem, aquelle conceito mais se restringiu. Aquelle art. 8.º mandou que fosse elle entendido nos precisos termos da Carta de Lei de 3 de Novembro de 1768, e por esta deviam taes casos de nullidade ser entendidos pela Ord. Liv. 3.º tits. 75 e 95, a saber:

1. Falta da primeira citação;
2. Sentença dada contra outra passada em julgado;
3. Por peita ou suborno dos juizes;
4. Por falsa prova;
5. Por juiz incompetente;
6. Si não foi dada por todos os juizes que nella deveriam ter voto — Ribas, *Consol.*, art. 1613; Paula Pessoa, nt. 457 ao Reg. de 15 de Março de 1842.

Quando a revista era concedida por motivo de taes nullidades e as relações revisoras as julgavam procedentes, devia a decisão se limitar a julgar nullo o processo, em todo ou em parte, conforme coubesse — Reg. n. 8 de 17 de Fevereiro de 1838, art. 3.º Quando, porem, as nullidades, posto que reconhecidas, fossem daquellas que se pudessem sanar, e das que, apesar de não serem sanadas, nenhum prejuizo dellas resultasse ao essencial do feito, existindo a legitimidade das pessoas dos litigantes e quanto fosse necessario para ser sabida a verdade, em tal caso as relações revisoras julgavam definitivamente, sem attenção a taes nullidades e erros do processo — cit. Reg., art. 4.º Quando as relações revisoras não podiam proferir sentenças definitivas, que puzessem fim a toda a causa, remetiam os autos ao juizo recorrido, para ahi se proseguir nos devidos termos, conforme a emenda da nullidade ou injustiça que se tivesse julgado — cit. Reg., art. 5.º

Injustiça notoria era o julgado contra a these do direito

patrio expresso, não, porém, do direito romano ou subsidiário ou contra o direito das partes — cit. L. de 1768 § 3.º; Ord. III, 75 § 2.º. *Si expressim sententia contra juris rigorem data sit.*

Neste ponto se equivocou o eminente Marquez de S. Vicente, que nos seus *Apontamentos sobre as formalidades do Proc. Civ.*, n. 181 n. 1.º, compreendeu no *direito expresso* da cit. Ord. o *direito subsidiário* e o *estyllo*, quando, nos termos da L. de 18 de Agosto de 1769, tinha força de lei. Não; aqui só se compreende o direito patrio propriamente tal, isto é, o brasileiro e o português nos termos da Lei de 20 de Outubro de 1823. — Vj. Ribas, *Consol.*, art. 1613 § 2.º

Havia ainda injustiça notória quando não se admittia ás partes alguma essencial defesa, como por não se terem recebido embargos ou artigos, que provados relevariam, por não se ter ordenado vistoria ou exame, ou qualquer outra diligencia legal necessaria para a plena elucidação da materia e perfeito conhecimento da causa, ou por se não ter dado provimento em agravo do auto do processo, declarando-se a nullidade dos autos ou de alguns dos termos delles, tendentes ao conhecimento ou decisão da causa. E si as Relações revisoras reconhecessem esta injustiça, deviam limitar o julgado a remedial-a; não se podendo em tal caso proferir sentença definitiva sobre a materia principal da causa a que faltava a necessaria illustração — cit. Reg., art. 2.º

(^c) Tinha razão Moraes Carvalho quando, na nota 475, verberava semelhante systema. Esta ampla faculdade das Relações revisoras levou muitas vezes a que fosse desattendida, nellas, a decisão ou doutrina do Supremo Tribunal de Justiça: eis ahí onde estava o vicio capital do systema. “Seria para desejar, dizia o auctor da *Praxe Forense*, que o Supremo Tribunal fosse na realidade Supremo; isto é, que suas decisões não estivessem sujeitas a ser desattendidas e revogadas por Tribunaes inferiores, em que se suppõe haver menos saber e menos experiencia; o que é insulto a razão; e então facil seria uniformisar as decisões em todas as instancias, e converter em ordem o cháos que hoje existe”.

(^o) Esta expressão foi introduzida pelo M. de S. Vicente, *Apont.*, n. 186 *et passim*. Entretanto, sempre a tivemos como infeliz. Ha ou não ha *res judicata*, eis a questão; isto é, ou contra a sentença não se fez uso dos recursos legaes ou

estes foram exgottados e então ha *coisa julgada*, OU pendem recursos, e não ha. A *coisa julgada* é sempre soberana. Mas *coisa soberanamente julgada* no sentido que lhe dava o emerito publicista patrio é concepção a que resistem as incisivas phrases da Ord. Liv. 3.º tit. 75: *em todo tempo pode ser revogada — nunca em tempo algum passa em coisa julgada*.

(¹) Assim o disse depois o Dec. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890, art. 220.

(²) A exclusiva referencia que, na 1.ª parte deste art. 24, se faz á letra *c*) do cit. art. 9.º, facilmente se comprehende pela razão de estarem indicados os outros casos do recurso pela remissão que ali tambem se faz ao art. 59 §§ 1.º e 2.º da Const.; mas como se explica que no final se faça exclusiva referencia á dita letra *c*)? Parece que houve descuido, pois ninguém pretenderá que a regra da 2.ª parte do art 24 só se applica ao caso *c*) e não aos casos *a*) e *b*) do art. 9.º do Dec. n. 848.

(³) Varias e valiosas são as razões que legitimam o qualificativo de *revista*.

a) E desde logo, as primeiras daquellas mesmas leis republicanas, que não deram nome algum ao recurso, quando é certo que, como quaesquer outras coisas, deve este ter um nome com que se dê a conhecer por seu simples enunciado. *Haverá recurso* — dizem o Dec. n. 848 e a Constituição. Estava bem: era o annuncio de que haveria remedio para as novas molestias a que o jogo das recentes instituições podesse por ventura sujeitar as relações de direito e o proprio direito objectivo da Republica. Mas *recurso* é um genero, cada uma de cujas especies tem um nome proprio: era preciso, portanto, individuar esta especie.

b) Em segundo logar, as outras duas daquellas citadas leis, pela versatilidade e o erro em que fizeram incidir as respectivas redacções, tornaram irremovivel a necessidade de firmar, sobre conceitos scientíficos, a denominação especifica do nosso recurso. Versatilidade, porque ora o chamaram *extraordinario*, ora *appellação*; erro, porque nem é *extraordinario*, como já mostrámos, nem coisa alguma tem de commum com a *appellação*. E não tem, principalmente porque, ao envez do que se dá com a *appellação*, *a*) só cabe de sentenças proferidas em ultima instancia, *b*) só é admissivel nos casos taxativamente indicados no Dec. n. 848 e na Constituição, *c*) só devolve ao conhecimento do

Supremo Tribunal a questão federal controvertida no recurso, sem que se estenda a qualquer outra, por ventura compreendida no julgado recorrido.

Tão longe foram a incerteza e confusão de taes leis no tocante a este ponto, que o cit. art. 15 § 2.º do Regim. interno do Supremo Tribunal incluiu na mesma letra *b*) as questões sobre espolio de estrangeiro (Const., art. 61) e as referidas no art. 59 § 1.º da Const, quando aliás se distinguem por traços de diferença essencial. As questões sobre espolio de estrangeiros, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tratado, não são julgadas em ultima instancia pelas justiças estadoaes, porquanto, como é expresso no cit. art. 61, as respectivas decisões não põem termo a taes processos e questões. Em taes casos é que o recurso para o Supremo Tribunal Federal se poderia chamar *appellação*. A decisão recorrida não é *ultima*, e pelo recurso se devolve áquelle Tribunal o inteiro julgamento de uma questão de puro direito privado. Por esta razão é que não incluímos este caso no § subsequente.

c) As especies do genero *recurso* são quatro: embargos á sentença, agravo, *appellação* e revista. Em qual destas poderia se enquadrar o novo recurso sinão na revista ?

d) E é revista mesmo, porque a revista é o unico recurso que cabe de sentenças proferidas em ultima instancia.

c) E tem de commun com a revista da L. de 1828 um ponto caracteristico, qual vamos salientar no § subsequente: por elle apenas se visa manter a pureza da lei em sua abstracção ou força legislativa. O extinto Supremo Tribunal de Justiça não conhecia do facto, mas do direito, não examinava a causa, mas a sentença: é precisamente o que ora faz, mediante este recurso, o Supremo Tribunal Federal.

§ 233

O que é hoje o recurso de revista

Depois do que larga e sufficientemente dissemos na nota 8 ao § 47, e do que foi addicionado no § antecedente, só nos resta condensar, em outras tantas

theses, as regras fundamentaes do assumpto em sua complexidade theorica.

I. Só ha revista das sentenças proferidas em ultima instancia pelas justiças dos Estados sobre materia de sua competencia ⁽¹⁾.

II. Não cabe revista sinão nos casos taxativamente determinados em lei ⁽²⁾.

III. Cabe revista:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão fôr contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados, em face da Constituição e das leis federaes, e a decisão fôr por ella ⁽³⁾.

IV. Para se conhecer de taes casos preciso é que a questão, que provocou a revista, tenha sido debatida e julgada no juizo recorrido ⁽⁴⁾.

V. A decisão suprema, confirme ou reforme a sentença recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso ⁽⁵⁾.

VI. A simples interpretação ou applicação do direito nacional não basta para legitimar a interposição da revista ⁽⁶⁾.

Agora, apertando todos estes conceitos em breve synthese, na qual se compendiem os principiso constitucionaes da materia, chegaremos á suprema formula da actual revista, quasi irmã da antiga.

E porque, exceptuados os casos expressos na Constituição:

as decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, põem termo aos processos e ás questões ⁽⁷⁾;

a justiça federal não pode intervir em questões submettidas aos tribunaes dos Estados, nem annullar, alterar ou suspender as respectivas decisões ou ordens ⁽⁸⁾;

e ainda porque:

nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunales locais ⁽⁹⁾;

os Estados são independentes na faculdade de legislar sobre a propria organização judiciaria e leis processuaes ⁽¹⁰⁾;

a função politica e especifica do poder judiciario não é outra sinão, applicando, por provocação de parte, aos factos litigiosos, mediante as formas do processo, as regras de direito, resolver as demandas para definitiva estabilidade das relações de direito ⁽¹¹⁾;

e finalmente porque, por força do pacto federativo, que fez uno e obrigatorio em toda a Republica o direito civil, commercial e penal ⁽¹²⁾, ao poder judiciario dos Estados só é vedado desconhecer ou ter como invalidas ou inapplicaveis as leis nacionaes — segue-se que:

VII. Decidindo si procede ou não o recurso de revista, o Supremo Tribunal Federal não examina a causa em seus elementos de facto ou condições formaes, mas tão somente si alguma lei federal vigente foi repellida como inexistente ou si foi recebida alguma lei estadual contraria á Constituição ⁽¹³⁾.

⁽¹⁾ Const. art. 59 § 1.º preamb. Não seria independente o poder judiciario dos Estados si houvesse recurso para o poder judiciario federal de outras sentenças que não as definitivas enumeradas na Constituição, por isso que, na forma do art. 61, as decisões dos juizes ou tribunales dos Estados, nas materias de sua competencia, salvo nos casos ali exceptuados, põem termo aos processos e ás questões.

Parece haver incongruencia nisto ? Absolutamente não ha, como deixámos demonstrado no 1.º vol. pag. 208-209. Repetir o que ali dissemos seria apenas cançar.

⁽²⁾ cit. art. da Const. E na necessidade desta determinação taxativa está mais uma prova da independencia do poder

judiciario dos Estados; porquanto, consistindo essa independencia, segundo os principios da politica federativa, na separação e autonomia das justiças locais, fôra indispensavel que a intervenção do poder judiciario federal só tivesse logar nos restrictos termos do pacto constitucional, que é a resultante da propria vontade independente dos mesmos Estados. — Vid. a nossa *Unidade do Direito*, cap. IV.

E assim tem julgado varias vezes o Supremo Tribunal Federal, como, v. g., no Rec. n. 49, acc. de 29 de Agosto de 1895 (*Jurispr.*, 1895, pag. 127).

(³) cit. art. 59 § 1.º lett. a) e b).

Estes são os casos enumerados na Constituição; mas, como vimos no § antecedente, o Dec. n. 848 de 1890 mencionava mais estes: a, *in fine*) quando a decisão houver sido contraria á legitimidade do exercicio de qualquer auctoridade que haja actuado em nome da União, qualquer que seja a alçada, e c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

Subsistirão estes casos ?

O Regim. interno do Supremo Tribunal os reproduziu no art. 15 § 2.º let. b) ns. 4 e 5.

Tambem a L. n. 221 de 1894, em seu art. 24 já citado, igualmente se refere ao caso do art. 9 § un. let. c) do Dec. n. 848.

Finalmente, em varios accordams tem o Supremo Tribunal feito expressa referencia aos casos do cit. Dec, fóra dos da Constituição — v. g. Rec. n. 72, no qual interviemos como advogado do Recorrido, parece que o accordam de 2 de Maio de 1896 dá ainda como em vigor o caso da let. c) —Vj. *Jurisprud.*, 1896, pag. 117.

A nós quer parecer que os unicos casos em vigor são os enumerados no art. 59 da Constituição; entretanto, não acompanharemos o ministro Lucio de Mendonça, quando qualifica de *descuido* a menção que daquelles outros ainda fez o Regimento do Supremo Tribunal, menção repetida legislativamente, e ainda na jurisprudencia do mesmo Tribunal. Nem somos nisto incongruente, pois o que melhor parece é que os referidos casos estão implicitos na Constituição, e só quando cada qual delles envolva violação de

preceito constitucional ou de lei federal em these, é que dará logar á revista. Em uma palavra: a Constituição deu uma forma mais concentrada aos mesmos casos do Dec. n. 848.

— Basta, portanto, estudar a materia diante dos casos explicitos na Constituição.

Taes são as hypotheses ali figuradas:

I. Decisão contra a validade ou applicabilidade de tratado federal;

II. Decisão contra a validade ou applicabilidade de lei federal;

III. Decisão em favor de lei estadual inconstitucional;

IV. Decisão em favor de lei estadual contraria ás leis federaes;

V. Decisão em favor de acto do governo estadual contrario á Constituição;

VI. Decisão em favor de acto do governo estadual contrario ás leis federaes.

O proprio regimen federativo plenamente justifica, em qualquer daquelles casos, a intervenção do poder judiciario federal nas sentenças do poder judiciario e actos do governo dos Estados. Tudo isto já ficou demonstrado no 1.º vol. pag. 208-209.

Manter os tratados federaes, quando, por quaesquer possiveis circumstancias, hajam as justiças estadoaes de decidir si vigora ou não este ou aquelle tratado, e contra a respectiva validade ou applicabilidade se pronunciem ellas ^(a);

manter a materia juridica da legislação patria em sua pureza substancial e una sempre que as justiças locaes houverem, na especie da causa, denegado vida, o que quer dizer applicabilidade potencial, a qualquer lei federal ou violado a regra de direito na propria substancia ou these legislativa;

repellir a lei estadual, que em contraposição ao art. 63 do pacto federativo, fôr mantida pelas justiças dos Estados em um caso dado;

negar subsistencia á lei estadual contraria ás normas objectivas da legislação civil, commercial e criminal da Re-

^(a) “Advirta-se que não se trata de saber como deve ser entendida e applicada esta ou aquella clausula de um tratado, mas sim, si o tratado vigora e rege a especie sujeita — e todas as especies semelhantes, pois tanto vale a phrase constitucional — *questionar sobre a validade ou applicação de tratados*”. Lucio de Mendonça, loc. cit., pag. 167.

publica, de modo que não possa ella reger a relação de direito, que por ella a justiça local resolveu em sentença definitiva; annullar qualquer acto inconstitucional do governo dos Estados nos litigios em que as justiças locais o tenham recebido como valido, ou finalmente, impedir que actos dos governos estadoaes, contrarios ás leis federaes, produzam effeitos juridicos nos casos em que as justiças dos Estados os adoptem para resolver litigios de direito

— eis a suprema função do Tribunal Supremo da União federativa, união que seria inconcebivel sem esse poder central de harmonia, ordem e unidade nas relações constitucionaes e juridicas da Republica. O poder judiciario estadoal é o unico competente, mediante as proprias leis de organização judiciaria e de processo, para applicar as regras abstractas do direito nacional ás relações de direito postas em litigio nos respectivos estados; mas uma vez que taes regras são coactivamente identicas em toda a Republica, e têm seu principio legitimativo nas normas fundamentaes do pacto federativo, é logico, é irremovivelmente necessario que as decisões daquelle poder não se ponham em antagonismo com a Constituição ou leis federaes. Aliás, derrocado ficaria o mesmo systema politico adoptado pelos proprios Estados. Por outro lado, que seria do mesmo pacto si aos Congressos e governos estadoaes fosse licito promulgar leis e praticar actos inconstitucionaes ou contrarios ás leis federaes, e as respectivas justiças mantivessem taes desharmonias juridicas ?

Mas que outro poder, sinão o Supremo Tribunal Federal deveria ser investido na alta função de mantenedor da ordem juridica nacional ? Eis ahi porque, no dizer de Marshall, *this power is extended to all cases arising under the laws of the United States*; e com estas palayras quiz aquelle eminente *Chief Justice* traduzir a suprema inspecção sobre a integridade constitucional da Republica. E o que diria elle entre nós, cuja Constituição prescreve a unidade do direito substantivo ?

O que, do poder judiciario americano disse Cooley (*Gener. Princ.*, pag. 146, Boston, 1891), melhor se appiica ao nosso Supremo Tribunal Federal: *é the final authority in the construction of the Constitution and the laws*. Só elle pode

superintender a interpretação geral das leis em sua força e applicabilidade.

Exemplificando.

Sob o aspecto constitucional, sirva de exemplo a materia tributaria. O estado da Bahia, a pretexto de taxar, consoante o art. 9 § 1.º da Const. Fed., a exportação dos productos da producção propria, tributou os generos nacionaes de sua producção que saíssem navegados por cabotagem para os portos do Brazil. Consultado si era constitucional semelhante imposto, dei o seguinte parecer, a que os meus insignes collegas Desembargador Aureliano Coutinho e Pinto Ferraz honraram com irrestricta approvação: “A negativa parece irrefutavel. *Exportação*, que Paul Cauwès chama equivalentemente *commercio internacional*, é o commercio que se faz, como se exprime Ferreira Borges, na saca de generos do nosso paiz para o estrangeiro; *cabotagem*, do inglez *Coasting*, é o commercio que se faz de cabo a cabo, ao longo das costas de um paiz, ou quando muito, consoante o art. 377 do Codigo Commercial francez, e a recente lei sobre a marinha mercante franceza de 30 de Janeiro de 1893 (Vide P. Cauwès, *Cours d'Econ. Polit.*, IV append., 773, 774), fóra do paiz, mas dentro de certos graus de latitude e longitude inultrapassaveis.

“Em que sentido a nossa Constituição Federal tomou aquelles vocabulos?

“Não podia ser senão neste: exportação — commercio internacional; cabotagem — commercio nacional ou interestadoal, uma vez que não temos lei nossa que, como a franceza, discrimine a cabotagem em internacional, nacional e de longo curso.

“Portanto, o art. 9 n. 1 da Constituição Federal somente pode comprehender a sahida de mercadorias dos Estados da Republica — exportação propriamente dita: e si pelo art. 7 n. 2 é livre o commercio de cabotagem, não só ás mercadorias nacionaes como até ás estrangeiras que já tenham pago imposto de importação, não podem os Estados taxar a sahida dos generos da propria producção para qualquer ponto da Republica.

“Semelhante imposto seria evidentemente inconstitucional.

“Salvo melhor opinião.

“S. Paulo 24 de Novembro de 1895”.

A mesma these foi eruditamente defendida pelo egregio Ruy Barbosa.

Mas dada aquella tributação, que veio directamente lesar direito de pessoa determinada, não haveria de ser o poder legislativo ou o executivo que devesse restabelecer a pureza da lei constitucional, para garantia dos mesmos direitos, e, portanto, para re-equilíbrio da ordem juridica: tanto valera confundir as linhas da orbita de cada qual daquelles poderes. E si foi o poder judiciario estadual que, interpretando a seu sabor um preceito da Constituição da Republica, applicou uma lei evidentemente inconstitucional, só o Supremo Tribunal Federal podia firmar o verdadeiro sentido do mesmo preceito. Foi o que fez o Supremo no accordam de 23 de Maio de 1896, Rec. n. 82 (*Jurispr.*, 1896, pag. 119), e em outros ainda.

Sob o aspecto das leis de direito privado, não menos evidente devia ser, como é, a competencia do Supremo Tribunal Federal para as restabelecer em seu conceito geral e abstracto ou em these, quando o poder judiciario estadual as desconheça ou lhes attribua preceito contrario ao que nellas se contém. De resto, toda lei civil, commercial ou criminal vai na Constituição buscar o principio da propria juricidade, quer dizer — que contra a Constituição não pode valer lei alguma. Mas si o Supremo Tribunal Federal é o mantenedor da lei constitucional, não pode deixar de ser tambem o unico poder competente para, em hypothese, declarar irritas as leis contrarias á Constituição, e *a fortiori* as leis estadoaes, por isso que, pelo art. 63 do pacto federativo, os Estados se obrigaram a respeitar os principios constitucionaes da União, e um destes é o do art. 34 n. 23, que dá exclusivamente ao Congresso Nacional a competencia de legislar sobre qualquer daquelles tres ramos do direito nacional.

— Em materia constitucional, tão urgente e logica é a necessidade de manter incolume o pacto fundamental da Republica, que mesmo ás justiças locais é licito repellirem, em sua applicação, leis federaes evidentemente inconstitucionaes. E tal competencia logicamente se deduz do art. 59 §1.º let. a) da Const.

Amaro Cavalcanti, em seu *Regimen Federativo*, pag. 233, faz a este respeito reflexões de todo procedentes. Uma é, que as justiças locais só com muita cautela e hesitação

devem declarar uma lei inconstitucional, e isso mesmo em *casos clarissimos*, e quando a causa ficasse seriamente prejudicada si a decisão fosse transferida até ter o Supremo Tribunal oportunidade de se pronunciar sobre a especie. Fóra de taes condições, diz Cooley, citado por aquelle publicista, *o espectáculo de um magistrado inferior, de jurisdição limitada, assumir a auctoridade de JULGADOR da legislação de um Estado ou do paiz, declarando-a INVALIDA, pode parecer até burlesco (can only be judicrous)*. Outra é, que uma lei não possa ser julgada *inconstitucional*, vista a importancia da decisão, sinão pela maioria dos membros do tribunal, nunca simplesmente pela de um *quorum* accidental. E' a lição de Cooley, *Constit. limit.*, pag. 195, que para taes casos repelle *less than a majority of all, but will instead postpone the argument until the bench is full, seems a very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and so important*.

Mas quer seja o Supremo Tribunal Federal, quer seja algum tribunal estadual que julgue inconstitucional alguma lei, a decisão só importa á causa, só naquella especie não vale a lei invocada. Este é o principio consagrado em todos os escriptores e na jurisprudencia sem minima opposição.

A razão é obvia. Si o poder judiciario não tem actividade espontanea, senão provocada pela parte cujo direito foi lesado ou está ameaçado de o ser; si sua funcção especifica é a de applicar a lei ao caso occurrente e o resolver segundo a prova produzida; si, em regra, suas decisões só fazem direito entre as partes litigantes, carecendo, portanto, da virtude de se generalisarem, como si fossem regras geraes obrigatorias, quaes são as leis — a conclusão não pode ser outra sinão aquella mesma. E é por esta razão que, ao se discutir o Dec. n. 2684 de 23 de Outubro de 1875, que dava força de lei aos assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros, que seriam incorporados á collecção das leis de cada anno e obrigariam emquanto não fossem derogados pelo Poder Legislativo, houve energicas increpações de inconstitucionalidade, pois que aquillo importaria falsear o principio da divisão dos poderes.

A sentença annulla a lei ou acto administrativo na especie julgada, e tal decisão obriga *adversus omnes* como

res judicata em sua função positiva (vid. *infra* § 236); mas não os revoga, pois que só o poder legislativo tem tal competência. Não ha duvida que, na phrase de Kent (*Commentaries*, I, 337), “qualquer acto do Congresso, qualquer acto das assembléas estadoaes ou clausulas de suas constituições, contrarios á Constituição, são necessariamente nullos; o que é uma verdade patente e assentada na jurisprudencia constitucional.” Mas tambem é obvio que o poder judiciario não pode ultrapassar as linhas da propria competencia, que é resolver em especie.

A meu vêr, ninguém melhor do que Dicey (*Law of the Const.*, pag. 150) esclareceu este delicado ponto de direito constitucional. Transcrevamo-lo através da versão de Ruy Barbosa, *Actos inconstitucionaes*, pag. 114: “Os Juizes, nos Estados Unidos, velam pela Constituição, *mas desempenhando funções meramente judiciais, desde que não resolvem sinão pleitos submettidos ao seu conhecimento*. Naturalmente sóe dizer-se que a Suprema Côrte invalida actos do Congresso. Mas de facto assim não é. Esse tribunal *nunca sentença acerca de actos do Congresso*. O que faz, é *simplesmente estatuir que, numa questão dada, o individuo A tem, ou não, direito á sentença, que demanda, contra X*; comquanto, no decidir a lide, tenha o tribunal de declarar que certo e determinado acto legislativo não pode receber applicação, por exceder das faculdades constitucionaes do Congresso.”

L. Donnat (*Critique de la Const. brésilienne*, pag. 15), tambem citado em Ruy Barbosa (pag. 115), assim se exprime: “O individuo lesado se queixa, e, sobre a sua queixa, o juiz decide que a lei é inapplicavel, porque a Constituição o protege contra as disposições dessa lei. Sentença identica, si outros intentarem o mesmo meio. Nunca se contraria a lei rosto a rosto; mas ella acaba por se fazer em pó (segundo a expressão de Tocqueville), e, para sahir da betêsga, ou o povo modifica a sua Constituição, ou o legislador revoga a sua lei.”

Tal é, em resumo, a verdadeira theoria.

(⁴) Consequencia logica dos principios já firmados. Si a acção do poder judiciario é sempre provocada, e a sentença judicial apenas resolve a demanda quanto ao facto litigioso, *limitando-se a determinar a situação juridica dos litigantes*, na phrase do citado Ruy; por isso que os juizes só podem se pronunciar mediante acção regularmente intentada, sob

as formas processuaes, visto é, que ultrapassariam elles as proprias funcções si se metessem a resolver pontos não debatidos na causa. *Tantum litigatum, quantum judicatum*. Como haveria, pois, o Supremo Tribunal Federal de rejulgar o que não houvesse sido julgado pelas justiças estadoaes?

Eis porque o Tribunal Supremo tem reiteradamente deixado de conhecer de recursos em cujas razões é pela primeira vez levantada a questão de inconstitucionalidade ou invalidade de lei federal ou estadual. Assim, v. g., no acc. de 13 de Julho de 1897, por nós já transcripto no 1.º vol. pag. 223, *ibi*: pois em todo o curso da causa não se questionou sobre a validade &, &.

(⁷) Esta regra se prende á anterior como entre si se connexam os termos de um sorites. De resto, como se disse muitas vezes, o Supremo Tribunal não faz mais do que resolver litígios sobre relações de direito e segundo as formulas da eurematica forense. Porque haveria o Supremo Tribunal de ficar fóra de preceito tão fundamentalmente democratico ? Tivesse elle competencia para dicidir pontos não controvertidos no recurso, derrocado ficaria por completo o proprio systema judiciario.

(⁸) Esta disposição do art. 24 da L. n. 221 de 1894 é a chave da materia, e no já cit. 1.º vol. pag. 215 dissemos quanto basta. Si a justiça federal pudesse cassar decisões das justiças locaes a pretexto de se não conformar com a interpretação que taes justiças dessem ás leis, deixaria a federação de ser a forma da nossa organização politica, para voltarmos a uma centralisação muito mais apertada do que fóra a imperial. Julgar é applicar a lei a um caso dado; mas como saber qual a lei applicavel, sem ao mesmo tempo, por um processo de logica imperceptivel, ajustar as suas disposições á especie, construir a parte juridica da questão consoante a letra e o espirito da lei, isto é, interpretar a mesma lei ? Tivesse a justiça federal aquella competencia, e o recurso que incorrectamente chamam de extraordinario se tornaria tão commum como o de appellação; e dahi, letra morta ficaria o art. 61 da Const.; e finalmente dahi, seria uma vez a federação...

(⁹) Const., art. 61.

(⁸) art. 62.

(⁹) art. 59 § 2.º

(¹⁰) art. 34 n. 23 combinado com o art. 63.

(¹¹) Dec. n. 848 de 1890, art. 3.º; vj. §§ 11 e 54 *supra*. (¹²) art. 34 n. 23.

(¹³) Dissemos na not. 6 que mais apertada do que a centralização imperial seria a federativa sem a regra do art. 24 da L. n. 221, da qual a nossa these é uma equivalente. De facto, como vimos no § antecedente, o extinto Supremo Tribunal de Justiça não era terceira instancia; não conhecia da causa, mas unicamente da sentença em sua feição jurídica. Sem competencia para analysar a prova e verificar si a decisão assentava sobre ella, cogitava apenas de averiguar si a these da lei tinha sido observada: era a guarda vigilante da lei, e só della, quaesquer que fossem os interesses empenhados no litigio. As decisões das Relações recorridas não estavam sujeitas, quanto ao facto e apreciação da respectiva prova, á censura do Supremo Tribunal de Justiça.

Outra não pode ser, nem é, a alta função do Supremo Tribunal Federal. Soberanas são as decisões das justiças dos Estados nas materias de sua competencia — diz a Constituição; regra fundamental, cuja inflexibilidade só pode razoavelmente soffrer as duas excepções taxadas no art. 61: questões de *habeas corpus*, porque nellas se envolve o direito maximo do homem, e questões de espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tratado, porque destas é possível que surja alguma complicação internacional, que só a União pode definitivamente resolver. Mas em que consiste a competencia das justiças estadoaes? Já o dissemos: em julgar, o que quer dizer, interpretar a lei dominadora da especie e applical-a. Bem ou mal que o façam, está irretractavelmente feito. O Supremo Tribunal Federal, precisamente porque, na phrase do art. 62 da Const., *não pode intervir em questões submettidas aos tribunaes dos Estados, nem annullar, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes*, exceptuados os casos já mencionados, e tanto valera a mais franca e directa intervenção o reformar sentenças estadoaes bem ou mal julgadas no concernente ao facto, á prova e á interpretação da lei applicavel, não pode logicamente ter outra competencia sinão a que lhe assigna a nossa these.

A unica differença que ha entre a actual revista e a da época imperial consiste nisto: o extinto Supremo Tribunal de Justiça, quando lhe parecia ser caso de revista, não re-

formava a decisão recorrida, mas se limitava a designar uma das Relações do Imperio, e essa julgava o feito tão livre e amplamente como si elle nunca tivesse sido julgado, de modo a se poder dar a anomalia, muitas vezes observada, de emendar a Relação revisora a decisão do Tribunal Supremo; mas o Supremo Tribunal Federal, si entende que o caso é de revista, julga definitivamente a questão federal que provocou o recurso, e exclusivamente essa, *sem que a sua decisão se estenda a qualquer outra por ventura comprehendida no julgado*, como se exprime o cit. art. 24 da L. n. 221. E julga por via de consequencia do systema federativo, vista a sua incompetencia para mandar que as justiças de outro Estado julguem de novo a questão, e ainda mais evidente incompetencia das justiças de um Estado para intervirem nas decisões da de outro.

Tal é evidentemente o systema da Constituição, qual literalmente decorre de suas disposições.

Será o melhor?

Questão complexa, cujo desenvolvimento integral excederia do nosso *Programma*, demandando um outro volume, Della nos occupámos em nossa memoria *Unidade do Direito*, apresentada e sustentada no Congresso Juridico Americano, reunido em 1900 no Rio de Janeiro. Ali nos decidimos pela negativa, e nesse sentido foi o voto do Congresso. Aqui, basta que reproduzamos as nossas ultimas conclusões.

“Tal é o nosso direito constituido. Será, porém, o melhor? Absolutamente não.

Basta attender a que, como estamos constituidos, nem a unidade do direito material se manterá.

Examinemos as especies contidas em alguns dos citados accordams do Supremo Tribunal Federal, e ficará patente a possibilidade de variar, de um para outro Estado, a these mesma do direito, á feição do modo por que os respectivos tribunaes interpretarem a lei.

Assim na hypothese do recurso n. 71, que provocou o citado parecer de Ruy Barbosa. O Tribunal da Relação do Estado do Rio julgou que as Ords. Liv. 3.º tit. 93 e Liv. 4.º tit. 38 só se referem ao caso de alienação do dominio útil por titulo oneroso e não ao de remissão; de modo que, segundo aquelle julgado, em praça de bens foreiros hypothecados, não é licito ao senhorio directo, uma vez que um dos interessados requereu remir para si a execução pelo

preço das avaliações, optar sobre o maior lance oferecido.

O Supremo Tribunal Federal deixou de tomar conhecimento do recurso interposto daquela decisão porque, de facto, não era ella contraria á validade ou applicabilidade daquellas Ords., sinão resultado de mera interpretação doutrinal.

No recurso n. 117 varias foram as regras de direito discutidas e resolvidas pelo Tribunal de Justiça de S. Paulo:

a) Os recorridos eram simultaneamente credores chirographarios e de dominio, e na primeira daquellas qualidades tomaram parte na concordata concedida aos recorrentes, e até votaram por ella. Mais tarde propuzeram contra elles acção pelo titulo de dominio. Opposta a excepção de concordata, o Tribunal não deu por ella, adoptando a doutrina, invocada por nós, de Vidari e outros commercialistas estrangeiros, segundo a qual bem pode o credor chirographario transigir, nessa qualidade, com o fallido, sem todavia perder o seu privilegio de dominio.

b) Os recorridos, credores de dominio de certa partida de café paga e não entregue, produziram, como prova instrumental do seu direito, o *memorandum* do corretor, que effectuara a venda. Oppuzeram os recorrentes, contra tal !! HYPERLINK "file:///memorandum"¶ *memorandum*¹, os arts. 66 § 2.º e 720 § 2.º do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. O Tribunal julgou sufficiente aquelle documento.

c) Este julgado equiparou o credor de dominio ao credor de deposito, e portanto, equiparado ao depositario aquelle que vendeu mercadorias que tinha em seu armazem, mas não entregou porque as revendera a terceiro e se locupletára com o respectivo preço. Os recorrentes pretenderam que *se não havia applicado* os arts. 874, 280, 281 e 197 Cod. Com., e nós apenas lhes oppuzemos o espirito do art. 874 § 2.º Cod. Com., e a doutrina especulativa dos commercialistas.

No recurso n. 109, julgado ficou não proceder a acção de nunciação de obra nova, requerida pelos recorrentes, para que o recorrido não proseguisse na construcção de um estaleiro no littoral da cidade de Santos, allegando prejuizo nas concessões que o Governo Federal lhes fizera para o melhoramento do porto daquela cidade. Oppuzemos que a *nuntiatio* só compete a quem tem direito ou posse actual, condição que se não realisava na especie, em

a qual os recorrentes apenas tinham o direito de *preferencia*, não estando ainda sequer aprovadas as plantas relativas ao ponto em que o recorrido construía o estaleiro.

E basta de exemplos.

Agora pergunto: si as justiças de outros Estados decidirem:

— que o direito de opção em favor do senhorio directo de bens foreiros também se pode manter nas arrematações judiciais, e a despeito de haver algum interessado se proposto a remir a dívida exequenda;

— que o credor de domínio perde a sua preferência eis que, na qualidade de chirographario, toma parte na reunião para a concordata;

— que um *memorandum* de corretor não é prova litteral sufficiente para titular o domínio;

— que o comprador de mercadorias em ser nos armazens do vendedor, que foi pago do preço, mas já não pode entregar o objecto da venda porque o revendeu a outrem, não pode ser equiparado ao credor de depósito;

— que o simples direito a preferência basta para conferir a posse e o domínio como condições da nunciação de obra nova

—
que será feito do nosso direito substantivo ?

Sem um tribunal central, em cujas decisões se uniformise a interpretação da lei em these, não haverá jurisprudência nacional.

Tenham os Estados a faculdade de nomear e manter os seus juizes inteiramente fóra da acção do poder federal; haja absoluta descentralisação administrativo-judiciaria; mas identicas em toda a Republica sejam as leis organico-judiciarias e as processuaes. Sejam soberanos os tribunaes estadoaes na distribuição da justiça subjectiva, mas sómente quanto também o eram as antigas relações do tempo imperial; quero dizer, converta-se o Supremo Tribunal Federal no antigo Supremo Tribunal de Justiça, mas com a faculdade de desde logo julgar os feitos nos mesmos termos em que o faziam as relações revisoras. Soberanas sejam as decisões das justiças federadas no tocante á apreciação do processo ou, o que é o mesmo, no concernente á administração das provas. Seus tribunaes não podem deixar de ser julgadores, e julgar, já o dissemos com Bentham, é a sciencia da administração das provas. Mas que não lhes seja li-

cito variar na interpretação da these da lei ou interpretar as leis contra o conteúdo nellas. Si não se mantiver a sabia disposição da Ord. Liv. 3.º tit. 75 § 2.º, acima transcripta, haverá tantos direitos objectivos quantos os tribunaes. Mas como se poderá chegar a tão util e scientifico resultado sinão por meio da reforma do Supremo Tribunal Federal no sentido que mesmo hoje, aliás contra a lettra da Constituição, ao genio de Ruy Barbosa parece ser o vigente ?

Não temos, mas é imprescindivel que tenhamos *uma instancia de concentração, de reparação, de uniformisação de jurisprudencia*, para que *a indevida interpretação das leis substantivas da União sobre direito civil, commercial e penal não fique dependente somente do julgamento dos juizes e tribunaes dos Estados, sem recurso algum*. O systema actual, portanto, tem dous vicios radicaes: transige com as mais rigorosas consequencias da integridade systematica do federalismo radical, mas ao mesmo tempo, e incongruente-mente, atira com o direito ás vicissitudes de vinte e uma variantes caprichosas.

Qual se deve sacrificar: o radicalismo extremado de um systema politico, de resto indifferente á vida nacional, ou a pureza da sciencia juridica, athmosphera unica em cujas correntes pode o homem viver seguro e feliz?

Com a mesma convicção que, nas allegações acima re-produzidas, puzemos na defeza do systema constitucional adoptado, ora nos batemos contra elle. Uma só nação, e para isso, um só direito, um só processo, uma só magistratura. *Una lex ... et semper et ubique unum jus*.

Mas o que nos deram os constituintes de 24 de Fevereiro, isso não. Mais não era preciso para dessoldar a cadeia que, apertando as provincias do Imperio durante sessenta e sete annos, fez da nossa terra o poderoso e acreditado Brasil. E si ainda politicamente nos mantemos, e havemos de nos manter, é porque, como disse o genial auctor de *William Shakespeare* — *la démocratie prouve sa solidité par les absurdités qu'on entasse sur elle sans l'ébranler*.

Mas é preciso reformar. A unidade na federação — tal foi o nosso lemma em 1890, é ainda hoje, e será emquanto um só direito não nos unir socialmente, como physicamente um céu unico nos cobre a patria inteira.

Quirites,

Hoc, dico, non justum est; illud male, rectius istud.

Assim clamava Juvenal aos romanos. — Legisladores, repetiremos nós, não é justo nem bom o que fizestes; como vos digo, seria melhor.”

§ 234

Processo do recurso de revista

Breve e simples é o processo da revista⁽¹⁾.

Manifestado o recurso, nos dez dias seguintes ao da intimação do accordam recorrido, e assignado o respectivo termo ⁽²⁾, têm as partes successivamente vista, por quinze dias cada uma, para as respectivas allegações ⁽³⁾.

Trasladados os autos ⁽⁴⁾, sobem os originaes ao Supremo Tribunal Federal, onde, sem mais as partes serem ouvidas ⁽⁵⁾, é o processo distribuido ao ministro a quem competir, o qual, depois de mandar dizer o Procurador Geral da Republica, escreve o seu relatorio, e passa os autos ao ministro 1.º revisor, e este ao 2.º

Visto o processo pelo ultimo revisor, e designado o dia do julgamento, ás portas abertas, illustrado o Tribunal pelos tres ministros que viram os autos, e debatida a questão por todos os ministros presentes, verificará o Tribunal preliminarmente si o julgado recorrido se comprehende em algum dos casos deste recurso ⁽⁶⁾.

Decidida a preliminar pela negativa, não tomará conhecimento delle; si pela affirmativa, julgará consoante as regras ou theses formuladas no § antecedente ⁽⁷⁾.

Lavrado o accordam, descerão os autos ao tribunal recorrido para cumprimento do julgado ⁽⁸⁾.

(¹) Em grande parte já ficou este processo exposto na not. II ao § 227.

(²) Já vimos que a jurisprudencia do Supremo Tribunal se pronunciára no sentido de só elle ser o competente para conhecer si o caso é ou não de recurso, e, portanto, no de negar competencia ao tribunal recorrido para denegar termo de recurso, mas que depois seguiu o contrario. —Vid. not. fin. ao § 218.

(³) E', com leve differença, o processo preliminar do julgamento das appellações, processo quasi que integralmente applicavel ao das actuaes revistas — Regim. interno do Supr. Trib. Fed., art. 99 combinado com as referencias ali feitas.

(⁴) cit. Regim., art. 101.

— Todavia, accrescenta este art., si a sua apresentação fôr impossivel ou obstada, o Tribunal conhecerá do feito á vista do traslado do mesmo, uma vez que esteja devidamente conferido e concertado.

(⁵) No Rec. de Antonio Aleixo da Silva v. a Companhia Paranapanema, tendo o advogado do Recorrente deixado de arrazoar o seu recurso com o protesto de o fazer perante o Supremo Tribunal, escrevemos, como preliminar das nossas allegações, as seguintes linhas:

“A cóta de fls. 252 v., na qual os Recorrentes protestam arrazoar o seu recurso perante o Supremo Tribunal Federal, incide na censura do art. 716 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Effectivamente, os recursos fundados no art. 59 § 1.º da Const. Federal são processados pelo modo porque o eram as revistas de que conhecia o extinto Supremo Tribunal de Justiça; e assim claramente se deduz da combinação dos arts. 99 do Regim. interno do Supremo Tribunal Federal, 221 do Dec. n. 1030 de 14 de Novembro de 1890, 666 do cit. Reg. n. 737 e 10 da L. de 18 de Setembro de 1828.

Mas este ultimo artigo positivamente prescreve que as partes arrazoem o recurso perante o proprio Tribunal *a quo*. Eis aqui: *e juntas as razões aos autos*; FICANDO O TRASLADO, *serão estes remetidos ao Secretario do Tribunal Supremo*.

Logo, não mais poderão os Recorrentes arrazoar o seu recurso. Já o fizeram pela cóta moratoria a que ora respondemos, a qual, nos termos do citado art. 716, tomamos como resposta directa aos termos da causa para adiante produzirmos as nossas contra-razões”.

⁽⁶⁾ cit. Regim, art. 102.

⁽⁷⁾ id., 2.^a parte.

⁽⁸⁾ Citadas leis e reg. a que faz referencia o Reg. cit., art. 99.

CAPITULO X

Da coisa julgada

§ 235

Razão de ordem

Foi proferida a decisão definitiva do pleito, e a parte vencida ou não usou dos recursos legais ou por completo os exgotou. Então se diz que a sentença *passou em julgado*, para significar que se findou o litigio e a decisão se tornou irretractavel. Só lhe resta a execução.

O phenomeno juridico produzido por este momento do processo dá o nome de *coisa julgada* ao instituto judiciario, que ora vamos perlustradamente estudar.

Mas como a *coisa julgada* tem dous sentidos em direito, significando no primeiro delles *o termo final da demanda*, e no segundo, *a relação de direito resolvida na sentença*, devemos estudal-a em um e outro, posto que seja o segundo aquelle que mais particularmente entra em nosso programma.

Pelas razões que vão ser dadas, designaremos o primeiro sentido pela locução — *função positiva*, e o segundo — *função negativa da coisa julgada* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Não pareça extranho que, seguindo nós, nesta materia, as lições de Cogliolo, em sua preciosissima monographia *Eccezione di cosa giudicata*, da qual, até hoje, está apenas publicado o 1.º vol., fallemos ainda em *função positiva* e *função negativa* da c. j., quando é certo que taes locuções repelle-as o eminente professor italiano.

Mas é que, na divergencia que sobre tal noção divide os escriptores, nos pareceu que aquella phraseologia em coisa alguma prejudica a essencia da doutrina cogliolana, e corresponde exactamente ao nosso pensamento.

Curiosa é aquella divergencia. Assim:

Keller (*Litiscontestatio und Urtheil* — A cont. da lid. e a sentença) — A *excep. rei jud.* tem uma funcção *positiva* e uma *negativa*;

Beckker (*La consunzione processuale* — só tem a funcção *negativa*;

Rümelin (*La dott. Della exc. r. j.*) — só tem a funcção *positiva*;

Cogliolo — não tem nem uma nem outra (Vid. Serafini, nt. 9 ao § 116 de Arndts).

Dizemos *funcção positiva* no sentido de fazer a verdade *adversus omnes*; primeiro dos effeitos da sentença; e *funcção negativa* no de impedir a reproducção da *eadem questio inter easdem personas*. Simples e verdadeiro.

Pois não é o proprio Cogliolo quem, depois de fuzilar a pretensa regra *res inter alios acta vel judicata aliis nec prodest nec nocet*, escreve estas linhas (pag. 281): *la sentenza è atto pubblico, e come tale vale per tutti nel senso che non può essere oppugnato?*”

§ 236

Funcção positiva da coisa julgada

Em sua primeira e natural accepção, chama-se em direito *coisa julgada* (*res judicata*) — o *decreto do poder judiciario*, que põe fim á *controversia* qual fitou definida na *contestação da lide* (*litiscontestatio*). E’ o sentido de Modestino: *Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit. Quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (¹).

E’ a *coisa julgada* em seu aspecto politico ou valor extrinseco. Acto publico, emanado de um dos poderes constitucionaes, por ninguem pode ser impugnado: firma definitivamente o facto, que passa

a ter, *adversus omnes*, a feição da verdade. *Res judicata pro veritate habetur* ⁽²⁾. Eis porque, dizemos ser positiva esta função da coisa julgada. Affirma irretractavelmente a verdade, todos a devem ter como tal (Vid. § 197).

Sob este aspecto, a coisa julgada interessa á ordem publica, tanto quanto a prescrição. Esta em seu rigor pratico não passa de uma usurpação. A propriedade, antes de se converter em direito positivo, só podia existir, como direito natural, na communhão. Mas para a existencia organica da sociedade era questão vital a constituição definitiva da propriedade singular: aliás, o communismo, em sua feição primitiva, importaria a desintegração perenne do corpo social. E assim a propriedade, de negação que era dos impulsos naturaes do homem, se transformou, evolutivamente, em condição visceral do direito humano. Sem ella não haveria paz entre os homens.

Tal qual com a coisa julgada. O direito, em sua inflexibilidade constitutiva, assenta inabalavelmente no *suum cuique tribuendi*. Na persistencia do direito contra quaesquer obstinações externas está precisamente a essencia da sua impavidez e majestade. Mas que se faça agora completa abstracção da auctoridade das decisões judiciais em sua definitiva e generalizada extensibilidade, e fatalmente se irá ter á desorganisação da sociedade juridica. O direito impõe que justiça se faça tão evidentemente como se fosse questão de ajustar quantidades homogeneas: a operação deve ser reproduzida até que o ajustamento chegue á conformidade maxima. A' suspeita de cada erro novo, novo esforço para a producção do concreto imposto: cada nova arguição do processo ou desacerto do julgador, novo processo e nova sentença; e como o erro e a injustiça

são immortaes, perpetuamente sobre a mesma relação de direito haveria litigio. Os vencidos nunca são convencidos. Mas vem a lei, e pondo na balança, de um lado o supremo ideal da justiça em sua insubmersibilidade theorica, e do outro o interesse pratico da estabilidade economica das relações de direito concretisadas, viu que este mais ponderava. Então creou a *coisa julgada*. Por ella tornou impossivel que se perpetue a instabilidade das relações de direito, e, portanto, firmou por ella a paz juridica, tal como fizera com a prescrição ⁽³⁾.

A ordem publica é, portanto, o fundamento politico da coisa julgada ⁽⁴⁾, e porque o é, se explica a sua força, que vai ao ponto *de non jure facere jus, de non ente ens*; e porque o é, explanada fica a razão que dá á *coisa julgada* auctoridade *adversus omnes*. O facto que a sentença definitivamente firmou entre os litigantes não pode ser outro para terceiros ⁽⁶⁾.

(1) fr. 1º *de re jud.* (XLII, 1).

(2) fr. 207 *de reg. jur.* (L, 17).

Não vale a pena nos determos na controversia, entre os escriptores esbofantemente debatida: si a coisa julgada é uma ficção ou uma presumpção. *Uma licção de verdade que protege as sentenças definitivas contra qualquer ataque ou modificação* — diz o grande Savigny (*Dr. Rom.*, VI pag. 257). Outros, como Fontaine, Diss. sobre as *Presumpções*, *apud* Oliveira Lima, *Da Coisa Julgada* (*O Direito*, XXXVIII, 481), dizendo que pela ficção se reconhece falso o facto cuja existencia se estabelece, ao passo que a coisa julgada presuppõe a existencia de um facto certo e positivo, concluem ser uma presumpção.

Mas não parecerá mais verdadeiro dizer que a coisa julgada não é nem ficção nem presumpção, mas positiva e exclusivamente uma criação da lei ? Basta reler o que ficou escripto no § 175 combin. com a not. 1.^a ao § 174 (2.º vol. pag. 304-312), para inteira justificação do nosso asserto. *Pro veritate habetur*, disse o Digesto *Habetur*, isto é, a lei

manda que se tenha como verdade a sentença que passou em julgado. E eis porque fugimos intencionalmente no texto *supra* de alludir ou a presunção ou a ficção. A c. j. tem a feição da verdade — *habet veritatis modus*.

(³) As seguintes linhas do eminente Laurent completam a presente concepção da c. j.:

“Le législateur a tenu compte des chances d’erreur; comme remède au mal, il a établi deux degrés de juridiction; le juge d’appel peut redresser les erreurs qui sont échappées au premier juge. Mais quand les recours que la loi organise sont épuisés, il faut que les procès aient une fin; si l’on pouvait toujours les renouveler sous prétexte d’erreur, les contestations se perpétueraient et le monde ne serait qu’un immense procès. Or, les procès sont un grand mal; ils laissent les droits dans l’incertitude, ce qui entrave et arrête les transactions civiles; ils entretiennent et enveniment les mauvaises passions, la haine et la discorde; il importe donc d’y mettre une fin, afin de calmer les dissentiments et afin de donner de la certitude et de la stabilité aux droits. Vainement invoque-t-on contre l’autorité de la chose jugée le droit des individus que l’on sacrifie à l’intérêt général. Nous répondons que la chose jugée est plus qu’un intérêt: sans l’autorité qui y est attachée, il n’y aurait pas de société possible; or, la conservation de la société est la base des droits qui appartiennent aux individus; le droit de tous doit l’emporter sur le droit, pour mieux dire, sur les prétentions de quelques-uns. Si les droits revendiqués en justice avaient la certitude que l’on invoque, le législateur ne pourrait leur opposer la présomption de vérité qui résulte de la chose jugée, car la présomption de vérité doit céder devant la vérité démontrée. Mais telle est la condition des choses humaines que les hommes ne peuvent jamais affirmer la certitude absolue d’un fait litigieux. A quoi servirait donc la nouvelle instance que les parties voudraient intenter ? Qui garantit que la décision d’un nouveau juge serait l’expression de la vérité, étant rendue par des hommes faillibles ? Quand il y a toujours des chances d’erreur, mieux vaut mettre un terme aux débats que de perpétuer les procès”.

E’ a regra do fr. 6.º de *excep. r. j.* (XLIV, 2), que no § seguinte será estudada.

Vj. ainda Savigny, VI pag. 256-257, trad. de Guenoux.

⁽⁴⁾ Sobre a c. j. fundava Cícero (*pro Sylla*, cap. 22) a estabilidade dos Estados. *Status Reipublicæ maximè judicatis rebus continetur*.

E expresso é o fr. 65 § 2.º *ad SC. Trebell.* (XXXVI, 1): *Etiam publice interest, propter rerum judicatarum auctoritatem*.

⁽⁴⁾ Já tivemos ensejo de sustentar em autos a orthodoxia jurídica desta concepção da c. j.; e posto que já tivéssemos lido algures uma censura por usarmos apoiar as nossas theorias em causas por nós patrocinadas, resistiremos á critica. Porque razão haveríamos de buscar alhures, si a nossa já longa e afanosa advocacia nos fornece quanto basta ao nosso intento?

Venia, portanto, para mais uma transcrição de allegações nossas; e com tanto mais direito para aqui as trazemos, quanto é certo que acolhidas foram ellas, na appel. n. 427, por dous accordams do Tribunal de Justiça.

Egregio Tribunal,

*Bono et æquo non conveniat, aut lucrari
aliquem cum damno alterius, aut damnum
sentire per alterius lucrum.*

Pomponio, no fr. 6 § 2.º *de Jure dotium*.

I

Retrospecto do feito

Mathias Costa & Santos venderam a C. Bastos & Comp. cinco mil saccas de café, existentes em seus armazens.

C. Bastos & Comp. venderam a J. N. de Carvalho & Comp., ora Embargados, as mesmas cinco mil saccas de café, e em favor delles passaram, contra Mathias Costa & Santos, a ordem de entrega de fs. 17.

J. N. de Carvalho & Comp., finalmente, venderam a mesma partida de café a Amaral Rocha & Comp., em cujo favor transferiram a referida ordem de fs. 17.

Vencido o prazo desta ultima venda, Amaral Rocha & Comp., allegando, como se vê da carta de fs. 20, não lhes

haverem Mathias Costa & Santos entregado o café, recusaram pagar o respectivo preço.

J. N. de Carvalho & Comp., estando persuadidos de que Amaral Rocha & Comp. não tinham recebido o café porque haviam-no reendido aos mesmos Mathias Costa & Santos, e recusavam-se áquelle pagamento porque esta ultima firma, a fallir, não lhes pagára o preço da revenda, vieram com acção de cobrança, na qual se propuzeram provar a dita revenda, cujo effeito juridico irremovivel seria deixar fóra de contestação o cumprimento da mencionada ordem de fs. 17.

Mas, pelos accordams de fs. 38 e 42, sendo este do Supremo Tribunal de Justiça, foi afinal julgada improcedente a acção sobre o fundamento de não terem Amaral Rocha & Comp. recebido o café, porquanto, longe de haverem J. N. de Carvalho & Comp. conseguido provar que certa partida de café que effectivamente Amaral Rocha & Comp. tinham vendido a Mathias Costa & Santos era a mesma que elles lhes haviam vendido, ficou provado que esse café era outro.

Estando assim irrevogavelmente estabelecido, pela superior auctoridade judiciaria do paiz, que Mathias Costa & Santos nunca fizeram entrega do café que J. N. de Carvalho & Comp. compraram, e pagaram com 254:800\$000 — docs. fs. 47 a 50 — firmada ficou a posição juridica destes compradores, que por todas as leis da logica, da ethica e do direito adquiriram jus a haver dos detentores do café as cinco mil saccas ou o seu equivalente.

Mas porque a firma de Mathias Costa & Santos extingui-se absolutamente, contra os seus successores, isto é, contra a viuva e filhos do socio fallecido e o socio ainda vivo, os Embargados J. N. de Carvalho & Comp., firma hoje em liquidação, e ora unicamente representada pelo capitão Antonio Luiz Ribeiro, que tudo, tudo perdeu naquella malfadada operação, propozeram a presente acção para haver o equivalente do café que pagaram, mas que Mathias Costa & Santos venderam por propria conta e risco, mettendo-se no respectivo preço.

Julgada procedente a acção pela sentença de fs. 226 v., foi esta confirmada pelo accordam ora embargado.

Tal é, em sua mais apertada synthese, a fiel historia do pleito.

II

O caso julgado

Não fôra a esmerada consideração que nos habituámos a tributar ás decisões do Egregio Tribunal; não fôra também a natural e louvavel insistencia com que costumamos defender as doutrinas ou principios que se nos afiguram melhores, convicções arraigadas nas indisputaveis lições dos classicos — e, diante das conclusões do venerando accordam embargado, nem uma palavra mais diríamos acerca deste ponto. Venia, pois, para que não nos contentemos com aquellas conclusões, e insistamos em reconhecer, nos já mencionados accordams de fs. 38 e 42, o salutar instituto *rei judicatae* respectivamente ao inconcusso direito dos Embargados.

Parece ao venerando accordam embargado — que a sentença da primeira instancia não devera ter-se baseado nos referidos accordams como *coisa julgada* sobre a obrigação de Mathias Costa & Santos entregarem o café em questão, ou pagarem o preço equivalente, visto falhar naquellas decisões o concurso da triplice identidade de *coisa*, *causa de pedir* e *pessoas*, do art. 92 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 — sendo regra que *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest*.

Perdõem-nos os doutos juizes: a decisão do Supremo Tribunal de Justiça fez, do seguinte facto, *coisa soberanamente julgada*:

Mathias Costa & Santos não recompraram de Amaral Rocha & Comp. as cinco mil saccas de café por estes compradas de J. N. de Carvalho & Comp., e constantes da ordem de fls. 17.

Eis o facto hoje indisputavel, e que, pela força do que Cimbali chama o *subjectivismo politico do poder judiciario*, impõe-se *adversus omnes*. Essa é a primeira virtude da coisa julgada, que, na phrase de Covarruvias (*Var. resol.*, liv. 1.º c. I. n. 4.), *prævalet veritati*; virtude essa independente do concurso daquellas identidades, pois é certo que a *res judicata*, como, apoiados nas mais afamadas auctoridades, deixámos demonstrado a fls. 334—337, tem, no organismo juridico, duas funcções nitidamente discriminadas.

Um dos mais apreciados cultores da anthropologia social,

Bagehot, nos mostra, em seu classico livro *Leis scientificas do desenvolvimento das nações*, como a necessidade politica de se crear juridicamente a *coisa julgada* para o effeito de ser excluida a rediscussão e, *a fortiori*, a reconsideração dos *factos judicialmente estabelecidos*, se fez sentir mesmo nos povos menos adiantados em civilização. Condição vital da estabilidade physiologica das relações de direito, e, portanto, na phrase de todos os escriptores, da paz das familias, fundamento inicial da paz dos Estados, e até, como quer Novicow, da cohesão das nacionalidades, a primeira das duas funcções que a *coisa julgada* exerce no mundo dos phenomenos juridicos, funcção que Savigny e o moderno Cogliolo chamam *positiva* — isto é, estabelecer o facto *adversus omnes*, firmal-o inatacavel e irrevogavelmente, de modo que, para repetir o conceito de Ulpiano *pro veritate habeatur* — não pode ser confundida com a chamada funcção *negativa*, a qual tem seu momento de actividade nos formaes termos da *excepção de coisa julgada*, architectada nos moldes do alludido art. 92 do nosso Regulamento Commercial. Aliás, que motivo haveria para que os compiladores do Digesto creassem separadamente os dous titulos: *De re judicata* (XLII, 1) e *De exceptione rei judicatae* (XLIV, 2)?

E' por isso que o eminente Pisanelli (*Com. al Cod. di Proc. Civ.*, n. 1240 e seg.), estudando, nos minimos detalhes, todos os problemas a resolver em tão intrincada materia, parte deste principio: que para se saber si, a respeito de um *facto*, ha ou não *coisa julgada*, basta examinar qual a *relação* que prende a demanda acabada á pendente. E então, apoiando-se em Savigny, (*Dr. Rom.*, VI, § 296), concorda com esta lição do emerito romanista: Ha *coisa julgada* sempre que duas acções dão logar á mesma questão, posto que entre ellas haja differenças apparentes; e passando a analyzal-a, applica a referida regra ás duas seguintes hypotheses, incontestavelmente reflectidas na especie dos autos:

1.^a Quando a mesma questão é promovida com duas acções de genero diverso (fr. 7 § 4.^o de *excep. r. jud.*);

2.^a Quando a diversidade entre os dous juizos deriva disto: o direito, que serviu de fundamento do primeiro, é no outro condição necessaria da demanda.

Dada esta relação, o primeiro julgado apresenta-se como decreto judiciario absoluto para ser considerado em si mesmo,

independente da idéa institucional da *excepção de coisa julgada*. Nesta sua primeira função positiva, a *res judicata* não faz mais do que impôr a força geral de sua virtude essencialmente politica, na expressão de Breton (*Des éléments constitut. de l'autorité de la chose jugée*); realisa a satisfação desta dupla necessidade social: segurança jurídica pela estabilidade das relações de direito (Bekker, *La consunzione processuale*, p. 89); jurisprudencia pela uniformidade dos arestos (Keller, *Litis contestatio*, § 14. E quer adoptemos o principio básico do systema de Savigny — que a *res judicata* deve ser em absoluto havida como verdade para se evitar o perigo de sentenças contradictorias — quer nos alistemos entre os adeptos do seu famoso contradictor Ihering — para se impedir a incerteza dos direitos e a perpetuidade das demandas — o que é certo, é que a irrevogabilidade das sentenças passadas em julgado tem a virtude politica de estabelecer o facto *adversus omnes*.

“Et il est nécessaire, diz Lacoste (*De la chose jugée*, 1894, n. 3), já citado a fls. 336, *que les décisions judiciaires soient considérées comme l'expression de la vérité EN DEHORS MÊME DU CAS OÙ IL S'AGIRAIT DE RENOUVELER UN MÊME PROCÈS.*” O mesmo facto, diz adiante este auctor, o mais moderno e adiantado sobre o assumpto, não podia ter sido affirmado hontem para ser hoje negado pela mesma auctoridade publica encarregada da applicação das regras de direito ás relações de direito. *La contrariété des jugements produirait un résultat des plus fâcheux: le spectacle de ces décisions contradictoires ne saurait qu'affaiblir dans une mesure plus ou moins grande le respect dû à la justice.*

“Il principio RES JUDICATA PRO VERITATE HABETUR, diz Serafim sobre Arndts (*Pandette*, I, 501), *dev'essere realizzato in tutta la sua pienezza. Basta che una pretesa IN QUALUNQUE MODO sia stata giudicata. E' sufficiente la sola esistenza di una sentenza sul punto ripresentato*”.

Vide mais Mattiolo, *Dir. Giudiz. civ.*, V, 7; Marcadé, sobre o art. 1351 Cod. Nap., n. 2 i. f.; Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.*, p. 54 e segg., e, sobre todos elles, o magistral Savigny, *Dr. Rom.*, VI, 266 — 267, trad. de Guenoux:

“Aucun jugement ne peut enfreindre les dispositions d'un jugement antérieur.

“Au premier abord, cette formule semble purement negative; mais comme un juge ne peut jamais refuser de pro-

noncer sur un procès porté devant lui, la formule se décompose immédiatement en la formule suivante:

“Quand dans un procès se présente une question sur la- quelle un jugement a déjà été prononcé, le nouveau juge doit accepter cette décision comme véritable, et en faire la règle de son jugement.

“Ici la formule revêt une formule entièrement positive, et devient l’expression directe de la fiction de vérité, que j’ai représentée comme le sens propre de l’autorité de la chose jugée et comme le véritable besoin de la pratique”.

Portanto, e em que peze á muita consideração que justamente nos impõem os pareceres do douto ministro que se assignou vencido no accordam embargado, as maiores auctoridades scientificas não poderiam perfilhar o conceito, que de S. Exa. ouvimos ao discutir-se a appellação: que as sentenças proferidas em uma causa são, respectivamente a outras, cerradas cortinas atravez das quaes o olhar do juiz. não pode penetrar. Si assim fôra, não seria a jurisprudencia, como diz Ihering, o *precipitado da sã razão humana em materia juridica*.

Nem obsta o pretendido brocardo — *res inter alios acta vel judicata aliis nec nocet nec prodest*.

Em primeiro lugar, porque nada ha de mais verificado na jurisprudencia do que a fallacia dos intitulados brocardos de direito. *Que n’a-t-on pas dit de l’inexactitude et de l’inutilité de ces adages courants, dénigres soas le nom de brocards! Leur origine est suspecte; les notions qu’ils laissent dans l’esprit sont fausses le plus souvent, et les moins dangereuses de ces maximes, celles dont les jurisconsultes véritables n’ont nulle raison de gêner la circulation, ne font, en dernière analyse, que proclamer des naivetés* — Thiercelin, *Essais de littérature de droit*, pag. 70.

Em segundo lugar, porque, precisamente a respeito do *res inter alios acta*, as melhores auctoridades chegam ao ponto de afirmar que tão falso é esse pretendido brocardo quão fallaz a pretensa regra da já referida triplice identidade. *Il numero delle eccezioni*, diz Cogliolo, op. cit. p. 206 i. f, *è così vasto e le eccezioni stesse così generali, che queste sembrano la regola, e la regola sembra l’eccezione*. Vide ainda os escriptores que já citámos a fs. 335.

E de facto, quantas vezes a sentença proferida na causa que se discutiu entre A e B, já não diremos favorece, porém,

o que mais importa ao nosso caso, prejudica a C ? Por exemplo: A reivindica o predio que B hypothecou a C: quem sustentará que C mantem o seu credito hypothecario contra B porque não foi parte na acção de A? quem negará que o *facto* julgado nessa acção, isto é, que o predio é propriedade de A, não pode mais ser posto em duvida por quem quer que seja? *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Em ultimo logar, porque temos na nossa propria legislação texto espresso a nos apoiar. Assim é, que a Ord. L. 3.º tit. 25 § 8.º, interpretada segundo o sentimento dos mais afamados praxistas, como Caldas *Forens* L. 1.º *quast.* 8.a, Thomé Vallasco, *Alleg.* 76, Moraes, *de Exec.* L. 2.º c. 6 *per tot.*, Silva ad Ord. L. 3.º tit. 27 § 8, Lobão. *Exec.* § 4.º, etc, etc., não faz mais do que dispôr sobre a funcção positiva da *coisa julgada*; sim, porque a *acção que nasce da sentença passada em julgado* é precisamente o estabelecimento definitivo e irrevogavel do *facto adversus omnes*. Até chamam-na *actio judicati seu in factum*. C não é simplesmente credor hypothecario de B, mas ainda antichretico: da sentença de reivindicação obtida por A contra B nasce acção para A pedir a C o predio dado em antichrese.

Eis o *facto*, que não pode ser alterado em segundo juizo, porque delle deve o juir fazer a norma do seu julgamento, na phrase de Savigny.

Isto posto, bem julgou a sentença appellada de fs. 226 v, quando, dando por definitivo e irrevogavel aquelle *facto* — que Mathias Costa & Santos não recompraram de Amaral Rocha & Comp. as cinco mil saccas de café por estes compradas de J N, de Carvalho & Comp. — deste julgado tirou logica e fatalmente a conclusão, complemento do mesmo *facto*:

— Logo, Mathias Costa & Santos não cumpriram a ordem de fs. 17.

E esta conclusão é o principio e fundamento da presente causa, que bem se poderia ter como execução *ex judicato* ou *actio in factum*, apoiada, como mostrámos a fs. 336V., na mais notavel obra da jurisprudencia moderna: Proj. do Código civil aliemão, art. 192:

A sentença passada em julgado tem effeito pró e contra as partes litigantes assim como pró e contra os detentores do objecto litigioso.

O direito que serviu de fundamento á acção de J. N. de Carvalho & Comp. contra Amaral Rocha & Comp. — isto é, o direito ao preço do café vendido — é a condição vital da presente demanda — isto é, o direito a haver de Mathias Costa & Santos, como detentores do mesmo café, o dinheiro em que o converteram para exclusivo lucro seu. *Præitum succedit loco rei. — Nemo ex dolo suo lucentur.*

III

O voto vencido

Tanta é a consideração devida á illustração do honrado sinistro vencido no venerando accordam embargado, que S. Exa., longe de levar a mal a nossa insistencia, deve antes tel-a como franca manifestação do nosso respeitoso apreço.

E com a maxima franqueza dizemos que o voto vencido é contradictorio, injuridico e desconsoante a prova dos autos. E' contradictorio porque, si para S. Exa. as sentenças proferidas em outra causa são densas e cerradas cortinas que o olhar do juiz não pode rasgar, como é que S. Exa, affirmando que Mathias Costa & Santos, quando receberam a ordem de fs. 17, já haviam recomprado de Amaral Rocha & Comp. o mesmo café, escreveu o seguinte: —*E foi exactamente isto que os Appellados affirmaram e provaram na acção proposta contra Amaral Rocha & Comp.? — Isto de simul esse et non esse non potest esse.*

E' injuridico porque, si os accordams da Relação de S. Paulo e do Supremo Tribunal de Justiça, que decidiram não ter havido tal recompra, não valem para determinar o julgamento desta causa, como é que o honrado e douto ministro invoca a affirmação e as provas produzidas por uma das partes na anterior demanda, affirmação e provas que os referidos accordams julgaram improcedentes? *Non præstat impedimentum quod de jure non sortitur effectum.*

E', finalmente, desconsoante a prova dos autos porque esta põe á luz da evidencia a proposição contraria.

De facto, é certo, salta evidentemente aos olhos:

1.º Que os proprios Mathias Costa & Santos disseram

não cumprir a ordem de fs. 17 porque haviam disposto do respectivo café — fs. 91 v., 108, 109 v., 111 v., 102 v.

2.º Que o proprio Mathias Alberto Casimiro da Costa dissera ter dado áquelle café applicação differente — fs. 332.

3.º Que a unica affinidade existente entre as duas vendas — de Amaral Rocha a Mathias Costa, de J. N. de Carvalho La Amaral Rocha — está em que ambos os contractos tiveram por objecto o mesmo numero de saccas de café — cinco mil; mas,

4.º Que differentes eram os respectivos lotes e qualidades como tudo ficou demonstrado a fs. 332 v.;

5.º Que, quando Amaral Rocha & Comp. venderam café a Mathias Costa & Santos, ainda não tinham J. N. de Carvalho & Comp. comprado o café de que se trata — vide fs. 39 v. E esta razão só por si bastaria, como muito bem disse em mesa o douto ministro Pinheiro Lima, para dar ganho de causa á presente demanda.

Não: os docs. de fs. 30 e 205, como aliás suppõe o hon- rado voto vencido, não provam a revenda outr'ora impugnada por Mathias Costa & Santos, mas hoje maliciosamente sustentada por seus successores. Ao contrario, taes documentos, além de provarem reincidencia na contradicção acima denunciada, deixam fóra de qualquer duvida que nada ha de commum entre as duas referidas vendas. Pois si Amaral Rocha & Comp. venderam a Mathias Costa & Santos em 2 de Junho cinco mil saccas de café, este café não podia de fôrma alguma ser o mesmo de que se tracta, pois a respectiva ordem de entrega é de 25 de Junho. Era impossivel Amaral Rocha vendesse a 2 de Junho café que só a 25 seria seu.

Digne-se o douto ministro divergente de relêr as provas dos autos e a demonstração feita de fs. 332 a fs. 333 v., e por todas as divindades judiciarias do mundo podemos garantir que S Ex.^a modificará o seu voto, e com a unanimidade do Tribunal, mais uma vez sancionará a integridade moral e juridica do texto, que trouxemos de Pomponio para epigraphe do nosso arrazoado.”

Dando ganho de causa a J. N. de Carvalho & C.^a, o Tribunal de Justiça, pelos accs. de 15 de Janeiro de 1895 e 3 de Outubro de 1896, implicitamente acolheu esta doutrina.



Função negativa da coisa julgada

Mas a *coisa julgada* não é só isso: significa também, na phrase de Ihering, *a propria relação de direito resolvida na sentença* ⁽¹⁾; e este é o seu sentido rigoroso ou tecnicamente judiciário. “Ficou decidido, sobre razões mais que prováveis, disse Paulo, que bastava uma acção para cada contestação, e uma sentença terminativa para cada acção; porque de outro modo as lides se multiplicariam indefinidamente, trazendo insolúvel dificuldade ou confusão, maxime si fossem decididas diversamente ⁽²⁾. Eis porque de ordinario apparece a *excepção de coisa julgada* ⁽³⁾.” Quer dizer, que a ultima sentença *resolve* o litigio, isto é, *desfaz definitivamente* a contestação, *converte irretractavelmente* em relação de direito estável o facto que motivara a acção ⁽⁴⁾.

E’ a coisa julgada em seu aspecto juridico ou valor intrinseco: *faz irreductivel direito* entre as partes que figuraram no pleito e seus successores, por qualquer titulo, ou melhor, *entre todos aquelles para quem fôr identica a relação de direito resolvida* ⁽⁵⁾. E’ a *função negativa* da coisa julgada, que regularmente se apresenta em juizo sob a forma de *excepção*; e se diz negativa porque *impede* a reproducção da demanda consoante a formula geral desta excepção: *si inter me et te ea res judicata non sit* ⁽⁶⁾; e isto para que *bis de eadem re non sit actio*.

E neste sentido tem a coisa julgada valor entre os litigantes e seus successores, mas não, em regra, contra terceiros ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Vj. Arndts, *Pand.*, § 116 nt. 3.^a de Serafini.

(²) Como se vê da expressão *maxime* deste texto, o perigo de decisões contradictorias não foi a única razão productora da auctoridade da c. j., como pareceu ao eminente Savigny, § CCLXXX; nem, portanto, teve razão Ihering, § 15, quando lhe assignou, também como razão única, a necessidade de se conseguir a estabilidade dos direitos, a paz das familias, o socego geral. Uma e outra foram a razão determinante daquella criação.

(³) *Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit: ne aliter modus litium multiplicatus, summam atque inexplicabilem faciat difficultatem; maxime si diversa pronuntiarentur. PARERE ergo exceptionem rei judicatae frequens est — fr. 6 de excep. r.j. (XLIV, 2).*

Sobre a verdadeira interpretação daquella *Parere* vejam-se Savigny, VI p. 258 nt. (e) e Cogliolo, obr. cit., pag. 79. Parece que a melhor é a deste insigne monographista, a qual concorda com a de Pothier (*Pand.*, vol. 18 pag. 152). Antes se deve ler *parère*, apparecer, do que *pårere* gerar.

(⁴) Eis a proposito uma bella licção de Cogliolo: “La sentenza è il punto finale e più importante del giudizio: è quello a cui mira tutto il processo. Alla sentenza del giudice bisogna acquetarsi: *res judicata pro veritate habetur*: dopo di essa, non si può più ritentare il diritto e si è perduta ogni azione. La sentenza veramente *consuma*, *distrugge* ogni ulteriore *facultas in judicium agendi*.”

(⁵) cit. Cogliolo, pag. 291.

(⁶) frs. 9 § 2.º e 11 § 3.º h. t.

(⁷) Diz se em regra, porque ha as excepções apontadas no § 245 *infra*; e tantas são ellas que, no dizer de Cogliolo, mais parecem a regra, e esta a excepção.

§ 238

Excepção de coisa julgada. Condições de seu exercicio

A regra *bis de eadem re non sit actio* vem das mais remotas e enraizadas tradições da jurisprudencia romana (¹).

Consummando o *judicium*, a sentença fazia o *jus* —

ita jus esto; e não havendo razão para que o estado prestasse segunda vez a sua auctoridade para resolver o mesmo litigio já soberanamente decidido por sentença anterior — decreto irretractavel do poder publico — si por ventura o vencido reproduzisse a demanda de que decahira, o vencedor lhe podia oppôr a *exceptio rei judicatae*, como obstaculo ou força negativa da segunda demanda ⁽²⁾.

Duas condições, portanto, eram essenciaes ao uso da excepção de coisa julgada:

A) que houvesse uma sentença definitiva resolutoria de uma *litiscontestatio*,

B) que a segunda demanda fosse a mesma que a primeira (*eadem quaestio*).

Outras não são as condições impostas pelo direito actual.

⁽¹⁾ Bem significativa é esta passagem de Gaio, IV, 108: “Uma vez que se houvesse accionado, já se não podia, *segundo os principios mesmos do direito*, accionar ainda pelo mesmo negocio; e *naquelle tempo as excepções não estavam em uso como hoje*.” *Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat litis temporibus exceptionum.*

Solei et illud quosri, quo referatur, quod scriptum est: BIS DE EADEM RE NE SIT ACTIO — Quintiliano, Inst, VII, 6, 4.

Em *de Amicitia*, c. 22, disse Cicero: *Acta agimus, vetamur veteri proverbio.*

No *Corpus Juris* a regra assenta em varios textos: v. g. — fr. 6.º já citado: *Singulis controversiis, &, &*; fr. 3 § 13 *de homine lib. exhib.* (XLIII, 19); fr. 13 pr. *de instit. action.* (XIV, 3); fr. 31 § 16 *de Aedil. edict.* (XXI, 1); const. 3.ª *ad exhib.* (III, 42); &, &.

⁽²⁾ Tal é a synthese do ultimo estado do direito neste assumpto, e a formula final da *excep. c. j.*.. sem necessidade de nos determos em particularidades historicas.

§ 239

A) Sentença definitiva em materia contenciosa. Das sentenças que produzem e das que não produzem coisa julgada

Dos principios certos, e já expostos sobre a *contestação da lide* (§ 116): que por ella se firma definitivamente o objecto da *demanda (consumptio actionis)*; sobre os effeitos da sentença (§ 197), entre os quaes predomina o de resolver a relação de direito que entre si os *litigantes* disputavam (*res judicata* em sua função positiva); sobre a *coisa julgada* como *acto irretractavel resolutorio da lide* (§§ 236 e 237); sobre a discriminação entre a jurisdição contenciosa e graciososa (§ 35 nt. 7): que só aquella se exerce entre litigantes (*inter invitos*), e portanto só ella *resolve litigios* — segue-se, que *só produzem COUSA JULGADA as sentenças definitivas ou com força de definitivas em materia de jurisdição contenciosa*.

Portanto, não produzem *coisa julgada*:

- a) os actos de jurisdição graciososa ⁽¹⁾;
- b) os despachos meramente interlocutorios ⁽²⁾;
- c) as decisões sobre processos preventivos e preparatorios ⁽³⁾.

E por motivos especiaes de ordem publica e privada:

- d) as sentenças matrimoniaes ⁽⁴⁾.

Tambem não fazem *coisa julgada* as sentenças que, na phrase da Ord. Liv. 3.º tit. 75, *em todo tempo podem ser revogadas*, ou *nunca em tempo algum passam em coisa julgada*. São as sentenças nullas ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ “Basta il più semplice esame della nozione della cosa giudicata per convincersi che non può applicarsi in guisa

alcuna ai provvedimenti di volontaria giurisdizione” — Saredo, *Il procedimento in Camera di Consiglio*, n. 239.

E de facto, si em sua primeira accepção *res judicata* é a sentença que *finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit*, mas nos actos de jurisdição voluntaria não ha controversia, tanto que, como se viu na not. 9 ao § 35, *voluntaria jurisdictio transit in contentiosam interventu justi adversarii*; si não ha *coisa julgada* sem que entre o auctor e o reo se decida certa relação de direito litigiosa, tanto que, como se verá dentro em breve, para que surta efficaçmente a *excep. de c. j.*, preciso é que na nova demanda figurem as mesmas partes que intervieram na demanda já julgada, mas nos negocios que correm perante a jurisdição graciosa não ha auctor nem reo, pois que ella só se exerce *inter volentes*; si um dos traços característicos da c. j. é ser irrevocabel — *pro veritate accipitur* — de modo que, a requerimento de qualquer dos interessados, não pode o juiz modificar o julgado da ultima instancia, mas nos juizos graciosos bem pode elle, sempre que, melhor informado, lhe pareça necessario reformar decisões tomadas, ouvir e deferir ás providencias que lhe forem requeridas — logico é não fazerem c. j. as decisões sobre materia de jurisdição graciosa.

Em breves termos, não ha c. j. sem litigio propriamente dito, isto é, formas do processo contencioso, discussão de partes *volentes*, sentença não appellada ou proferida em ultima instancia — Borsari, *Comm. del Cod. civ. ital.*, I § 507.

(²) E a razão é obvia: taes despachos não resolvem litigios.

(³) Pela simples razão de poderem taes decisões ser reformadas na sentença definitiva da causa principal. V. g.: a decisão que julga procedente o arresto não pode produzir c. j. porque terá de ceder á sentença final do feito si esta julgar improcedente a acção.

(⁴) Paula Baptista, § 183 nt. 2.

(⁵) São as sentenças que dão logar á acção rescisoria, de que nos occuparemos no nosso proximo livro *Direito das Acções*.

Aqui basta dizer — que por mais solidos que fossem os fundamentos da auctoridade das sentenças definitivas, a criação legal da c. j. não devia ir até o ponto de attribuir effeitos á sentença evidentemente nulla ou desconforme com os principios fundamentaes do direito, qual seria a que in-

cidisse em qualquer dos casos enumerados na cit. Ord.

Assim a que é dada:

- a) contra parte não citada,
- b) contra outra sentença já dada,
- c) por peita ou preço, que o juiz houve,
- d) por falsa prova,
- e) só por alguns, quando sejam muitos os juizes delegados, finalmente
- f) contra direito expresso.

— Paula Baptista, loc. cit., enumera ainda, como da classe das que não produzem c. j., as sentenças de condenação de preceito, e as proferidas em juízo summario com relação ao ordinario.

Dissentimos do eminente juriconsulto.

Quanto às primeiras, limita-se elle a invocar a nota 571 de Pereira e Souza — o que foi de patente infelicidade, pois aquelle praxista por sua vez se limitou a citar as Ords. L. 3.º tit. 66 § 9 e tit. 96 § 27, as quaes absolutamente não apoiam a pretendida excepção. No § 9 do tit. 66 prescreve a Ord. L. 3.º a regra de processo — que contra o confesso se passa mandado *de solvendo*, não havendo mister de sentença condemnatoria; o outro texto apenas taxa as custas que os juizes levarão pelos ditos mandados. A lei, portanto, não diz que taes condemnações *nunca em tempo algum passam em julgado*. E porque não haveriam de passar ? *Post confessionem in jure factam nihil ultra quæritur...* *In jure* quer dizer, em audiência, precedendo citação e artigos, e muita vez discussão. *Sem necessidade de sentença condemnatoria*, quer dizer, sentença sem as formalidades solemnes das condemnações de que se haverá de extrahir as cartas de sentença para serem dadas á execução; mas não que sentença de condenação não haja, tanto que o condemnado de preceito pode appellar. E não appellando o condemnado ou sendo confirmada a condenação, que recurso mais terá elle ? Si não tem nenhum, é porque a sentença passou em julgado.

Quanto ao outro caso, duvidosa nos parece a opinião de Paula Baptista si a tomamos como regra absoluta. Uma vez que concorra a triplice identidade de que se vai fallar no § subsequente, isto é, a objectiva, a juridica e a subjectiva entre as duas causas, que importa, para que proceda a *excep. r. j.*, que a primeira fosse summaria e a segunda

ordinaria ? Não é a *eadem actio*, sinão a *eadem quæstio*, o que constitue a c. j. Expresso é o fr. 5.º h. t. em não fazer a c. j. depender da identidade da acção — *sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re*. Eis ahí o que ha de mais claro. Si no exemplo de Paula Baptista — a sentença que julga improcedente o executivo por alugueis de casa não tolhe a *reivindicatio* — aquella decisão não faz c. j., não é porque a primeira acção foi executiva e a segunda é ordinaria, mas porque entre as duas não ha identidade de objecto.

§ 240

B) Identidade das demandas. — Razão de ordem

Do que dissemos sobre as duas accepções da locução *coisa julgada*, facil é inferir a differença technica entre *sentença* e *coisa julgada* (*decisio* e *res judicata*), differença que já ficou assignalada nestes conceitos: *momento final do juizo, relação de direito resolvida*.

Nesta resolução do litigio (*quæstio, negotium*), está a razão eficiente da função negativa da coisa julgada. Por isso dizia Cujaccio (¹) que — *res judicata est negotium de quo sententia lata est*; quer dizer — para ser efficaz a excepção de coisa julgada preciso é que a questão ou negocio, que faz objecto da segunda demanda, tenha sido resolvido em sentença anterior. *Eadem quæstio, idem negotium* — tal é a essencia desta excepção.

Mas que devemos entender por *eadem quæstio* ?

Toda demanda presuppõe necessariamente estes tres elementos:

- a) coisa que se pede,
- b) o direito porque se pede ou causa de pedir,
- c) pessoa que pede e pessoa de quem se pede.

Portanto, para que uma demanda seja identica a

outra já resolvida, deve entre as duas concorrer esta triplice identidade:

- a) da coisa pedida,
- b) do direito de pedir,
- c) das pessoas que em uma e outra pediram e de quem se pediu. Sem este concurso, não haverá *coisa julgada*.

Daqui procedem os textos de Paulo e Ulpiano — frs. 12, 13 e 14 h. t.:

“Cum quæritur, hæc exceptio noceat, necne: inspiciendum est an IDEM CORPUS sit, QUANTITAS EADEM, IDEM JUS. Et an EADEM CAUSA PETENDI, et EADEM CONDITIO PERSONARUM.

“Quæ nisi omnia concurrunt, alia res est.”

Por mais claro que se afigure o assumpto, levanta entretanto dificuldades, que têm feito e ainda fazem o tormento de muitos escriptores.

Dahi a necessidade dos tres §§ seguintes.

(¹) Às vezes se encontra nas fontes *res judicata* por *sentença*; v. g., na const. 2.^a *de sentent. et interl.* (VII, 45). Mas também às vezes não se lê *res judicata* a respeito de sentenças ainda sujeitas a *appellação* ? V. g., no fr. 7 pr. *de transact.* (II, 15). Mas são ou excepções, como parece a Maynz, ou descuidos, como, talvez melhor, parece a Allard.

§ 241

a) Identidade de coisa

Os modernos codigos, com o nosso Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 92, ainda reproduzem, litteralmente, aquella triplice identidade do direito romano, quando, entretanto, o seu simples enunciado está muito longe de lhe exprimir o verdadeiro conteúdo (¹).

Assim, a começar por este primeiro requisito da

coisa julgada, identidade de coisa não designa precisamente aquillo que o significado da locução só por si daria. A identidade aqui exigida não é a material ou real sinão a identidade jurídica. O objecto ou coisa que ora se pede pode já não ser *o mesmo* que outr'ora se pediu, sem que por isso deixe de haver coisa julgada. As modificações, diminuições ou augmentos da coisa pedida não obstem a constituição *rei judicatae*. Assim disse positivamente Paulo: IDEM CORPUS *in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione diminutione facta* ⁽²⁾. E acrescenta o jurisconsulto, que aquelle vocabulo se deve tomar, no interesse das partes, em sentido amplo. *Sed pinguius pro communi utilitate accipitur*. Portanto, mesmo nas fontes, *eadem res* ou *idem corpus* ou *idem jus* ou *eadem quantitas* não designava uma materialidade physicamente identica; assim, si pelo titulo X pretendi reivindicar a casa *a* ou o terreno *b* ou o rebanho *c*, e fui vencido, não poderei pelo mesmo titulo repetir a demanda só porque a casa foi reconstruida completamente outra ou o terreno passou por modificações totaes de cultura ou o rebanho tem agora numero diverso de cabeças ⁽³⁾.

Em uma palavra — esta primeira identidade comprehende *a propria relação de direito resolvida, quaesquer que sejam as suas condições ou modificações materiaes*.

⁽¹⁾ A começar pela propria expressão *identidade*, que tem um significado de todo incompativel com a doutrina geralmente adoptada, qual é a do nosso texto, que mais scientificamente ainda será synthetisada no § 244. *Idem, eadem, idem*, o mesmo corpo, a mesma coisa; *identité* — *ce qui fait que deux ou plusieurs choses ne font qu'une* (*Dict. de l'Académie*, h. v.). Entretanto, nenhuma das identidades constitutivas da c. j. tem tal sentido, como já dizia Paulo, no fr.

14 h. t.; qualquer dellas exprime antes uma identidade puramente abstracta ou juridica.

(²) cit. fr. de Paulo.

(³) Foi por defeituosa comprehensão dos textos, que alguns escriptores, e notavelmente Toullier, sustentaram que — si alguém, tendo sido vencido na demanda da totalidade, pede posteriormente parte do mesmo todo, deve ser repellido pela *excep. r. j.*, e isso porque *pars est in toto; aliter*, si antes pediu parte e ora pede o todo, pois que *totum in parte non est*.

A primeira solução está expressa no fr. 7 h. t., no qual Ulpiano, figurando estas hypotheses: pedir de novo parte divisa ou indivisa de um terreno cujo todo se pediu antes — pedir um só de dous objectos ou effeitos depois de decahir da demanda de ambos — pedir um terreno e depois as arvores cortadas desse mesmo terreno — pedir uma casa e em posterior demanda as vigas e pedras que entravam em sua construcção — pedir um navio e depois as peças que o compõem — firma realmente aquella regra: *Si quis, cum totum petisset, partem petat, exc. r. j. nocet: nam pars in toto est*.

E é partindo deste texto que Toullier (X, 147-153), depois de varios exemplos, preconiza aquellas duas conclusões.

Pedi primeiramente o fundo Corneliano; peço depois parte determinada ou indivisa do mesmo fundo: a segunda demanda é repellida pela *excep. r. j.*, porque implicitamente estava contida na primeira.

Fui vencido na demanda da propriedade de um predio; peço depois, pela mesma causa, o usufructo delle: mesma solução, pois que o usufructo faz parte do predio — fr. 4 *de usufr.* (VII, 1).

Decaio da primeira demanda de 20.000 francos; pretendo me ter enganado, e por nova acção, fundada nas mesmas causas, peço apenas 10.000: mesma solução, pois que, pedindo 20.000, peço cada unidade daquella somma. *Manifestissimum est viginti decem inesse* — fr. 1.º § 4.º de *verb. oblig.* (XLV, 1).

Pedi o direito de passagem com cavallos e animaes de carga, *actum*, ou mesmo de passar de qualquer modo, *viam*, e por segunda acção peço somente o direito de passar a pé, *iter*. Mas este direito se encerra no *actum*, e este no direito *via* — fr. 1.º de *servit. præd. rust.* (VIII, 3). Logo, *excep. r. j. nocet*.

— Pela razão dos contrários, prosegue Toullier, não obsta a *excep. r. j.* si na segunda demanda peço o todo de que na primeira apenas pedi uma parte, pois que *totum in parte non est*. E si esta outra regra não se acha formalmente enunciada no direito romano, tem sido praticada.

Eis agora os novos exemplos do famoso civilista.

Decahi da acção de servidão; posso pedir depois a propriedade; e isso é expresso no D. R. Porque posso? Porque a propriedade não se contem na servidão; antes esta é que é um desmembramento daquella.

Si *iter* está contido em *actus* — *Qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento* (cit. fr. 1.º) — o direito de passar com animaes de carga não o está no de passar a pé. E' licito, portanto, depois de vencido na acção de passagem a pé, pedir, por nova acção, o direito de passar com animaes de carga — fr. 11 § 6.º de *excep. r. j.* (XLIV, 2).

Perdi a acção de usufructo; a *excep. r. j.* não impede a *reivindicatio*: a propriedade não está contida no usufructo.—

Entretanto, escriptores modernos, a partir de Dalloz (Rép. v.º *Chose jugée*, n. 105), contestam que a primeira regra contenha uma verdade absoluta; e quanto á segunda, acham-na de todo destituída de fundamento. Até uma ou outra pela contraria devia ser substituída.

Mattirolo, *Elem. di D. G.*, V, 24, criticando Toullier. diz que a pretendida transportação, para a theoria da *excep. r. j.*, daquelles dous axiomas das sciencias positivas — *Pars est in toto* — *totum in parte non est* — leva direito ao absurdo.

E em verdade, na phrase de Mattirolo, como admittir que a sentença que decidiu não ser minha a propriedade exclusiva do fundo *a*, ou que não tenho o direiro de passar com carroças e carro sobre o fundo *b*, haja ainda implicita e necessariamente reconhecido e declarado que o titulo, por mim produzido, não me attribue nem mesmo o usufructo do fundo *a* ou a servidão *iter* sobre o fundo *b*? Inversamente, si pedi a propriedade de parte de um immovel pelo titulo *a* ou dez mil liras pelo titulo *b*, e a sentença declarou nenhum o meu direito, como admittir que eu possa, pelo mesmo titulo *a* ou *b*, pedir todo o immovel ou vinte mil liras ?

Não se contesta a verdade dos dous axiomas — *pars est in toto* — *totum in parte non est* — mas sim a applicação delles á doutrina da c. j. Si uma sentença declarou não ser o

auctor exclusivo proprietario de um predio ou credor de um conto de reis, bem pode outra, sem contradicção, lhe reconhecer o direito de usufructo sobre o mesmo predio ou o credito de quinhentos mil reis.

Mas será isto negar que *pars sit in toto*? Absolutamente não: é que na primeira demanda se pretendeu a propriedade e na segunda o usufructo: a *res* ou o *jus* não é *eadem* ou *idem*. Inversamente: si na primeira demanda me limitei a pedir a propriedade de parte do immovel *a* ou a servidão *itineris* sobre o fundo *b*, e havendo se ampliado a questão, declarou a sentença que nenhum era o meu direito de propriedade ou de servidão, não me será licito, em nova demanda, pretender, pelo mesmo titulo, o pleno dominio do mesmo immovel ou a servidão *viæ* sobre o mesmo fundo. Nega-se, porem, que *totum in parte non sit*? No entanto, ha c. j., porque a sentença resolveu sobre a questão de propriedade e de servidão.

Conc. Bonnier, n. 764; Marcadé, ao art. 1351 n. 3; Laurent, n. 40 e 57; Lacoste, n. 251; Maynz, § 155; Mancini e Scialoja, II, 1240 e segs. & &.

§ 242

b) Identidade de causa

A expressão *causa* ⁽¹⁾ designa aqui o titulo ou direito de pedir ou por força do qual o autor pediu — *causa petendi*; e assim como ha identidade de coisa quando na segunda demanda se pede o mesmo direito que se pediu na primeira, haverá *identidade de causa quando em uma e outra demanda o mesmo fôr o fundamento legal do direito que uma parte faz valer contra a outra* ⁽²⁾. Mas como o fundamento legal de toda relação de direito está no facto e na relação que este mantem com a lei que lhe define as condições organicas e funcçionaes, segue-se que a identidade de causa, ou origem ou titulo juridico das demandas, deve ser procurada, tal como se dá

com a *res* ou o *jus* ou a *quantitas*, e ainda a *qualitas rei*, no mesmo *direito ou relação Jurídica resolvida*. A regra que Voet firmou para a *identidade de coisa*, isto é, que esta se dá quando no segundo juízo se pede o *que* se pediu no primeiro — e que os escriptores relembram somente a proposito daquella primeira das tres identidades, tem aqui inteira e perfeita applicação. Aquelle *quid* é o mesmo direito visto através da sua força geradora, como antes era o mesmo direito em seu conteúdo economico. Assim, si o comprador vem a juízo com a *quanto minoris* e é repellido, o vendedor efficaçmente lhe opporá a *coisa julgada* si elle voltar com a redhibitoria, visto terem as duas acções a mesma *causa petendi*, isto é, o vicio da coisa comprada ⁽³⁾. — Como a primeira, portanto, é esta segunda condição antes uma relação abstracta ou juridica do que apreciavel pelo seu lado formal ou processual ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Mais apparente do que fundamental nos parece ser a dissidencia que se imputam os escriptores acerca do que se deve entender aqui por *causa*.

Alguns, como Toullier, n. 161, Aubry e Rau, VI, 769, Marcadé, ao art. 1351 n. 6, e outros, fundados no fr. 27 h. t., onde Neratio define esta *causa* como sendo a *causa proxima actionis*, dizem ser o facto que *directa* ou *immediata-mente* gerou o direito em questão; para Dalloz, h. v., n. 192, é a razão juridica ou motivo legal da demanda; Laurent, XX n. 63, achando falsa a theoria que discrimina a causa proxima da remota, preconisa a definição de Colmet de Santerre: *é o facto juridico que constitue o fundamento do direito*; Mattiolo, que cita todos estes, V, 28, quasi litteralmente reproduz Colmet de Santerre: *consiste nel titolo, ossia nel fatto giuridico che sta a fondamento del diritto dedotto in giudizio*; para Baudry-Lacantenerie, II, 1289, *é le fait juridique qui constitue le fondement du droit, objet de la demande*; para Demolombe, XXX, 320, *c'est le fait juridique, qui engendre le droit, que nous pouvons avoir à une chose... AD REM, ou sur une chose... IN RE*.

Huc, VIII, 325, arguindo a taes definições o vicio de considerarem a causa em si mesma, independentemente da maneira porque approuve ao auctor trazel-a a juizo, assim se exprime: é o facto invocado *pelo auctor* como constituindo o fundamento de seu direito (Cassação, 20 de Novembro de 1855, S. 89, I, 23).

Dissemos ser a divergencia mais apparente do que essencial porque, sem desconhecer a verdade das observações de Laurent sobre a confusão a que leva a interpretação de Toullier e outros sobre a *causa proxima* de Neracio, o que é facto é que, proxima ou remota, em si mesma ou através da intenção do auctor, a causa da demanda é sempre e só pode ser a propria relação de direito em sua origem ou o facto eficiente da acção — é a *facultas agendi* manifestada na *ratio agendi* e concretisada na acção qual foi posta em juizo. Logo, haverá identidade de causa entre duas demandas quando uma e outra assentarem sobre a mesma relação, isto é, quando a segunda se fundar na mesma relação juridica resolvida na primeira.

(²) Lacoste, *Chos. jug.*, n. 389.

(³) Mattiolo, n. 29.

(⁴) Com aquella noção da *causa petendi* difficil será confundir a causa com os meios da demanda. Demandando o pagamento do preço do predio que vendi a Paulo: o contracto de venda é a causa, a escriptura da venda é o meio que prova a existencia da causa.

Lacoste, n. 389 e segs., é completo neste ponto, de grande valor na theoria da c. j. Sem identidade de causa não ha c. j.; mas pode haver não obstante a diversidade de meios—o que sobreleva notar em materia de nullidade. Haverá tantas causas quantos os vicios arguiveis?

A questão é difficil, e divide os escriptores.

A opinião mais espalhada é a negativa. Permittir nova demanda sobre o mesmo contracto á medida que o auctor fosse arguindo nova causa de nullidade, seria derrocar a auctoridade da c. j., perpetuando as demandas.

Segundo outra escola, devemos dividir os vicios de qualquer acto em diversos grupos, cada um dos quaes forma uma causa, e os vicios comprehendidos nesse grupo são meramente meios justificativos dessa causa. Assim, os vicios do consentimento formam um grupo — Toullier, X, 165 ; Marcadé, ao art. 1351 n. 6; Aubry e Rau, VIII p. 393 §

769. Si argui o dolo, e fui vencido, não posso voltar arguindo o erro ou a violencia. O dolo, a violencia e o erro não são mais do que *meios* da mesma *causa*: vícios do consentimento. Outro grupo comprehende os casos de incapacidade (menoridade, interdicção, estado de mulher casada etc.). A incapacidade é a *causa*, a menoridade, a interdicção, etc. são *meios* — Latombière, ao art. 1351 n. 82. O terceiro grupo comprehende os vícios de forma: ataco um testamento por não haverem as testemunhas ouvido a leitura do auto de aprovação; não o posso atacar de novo porque o tabellião não fez leitura do auto. “A *causa* da acção é a irregularidade da forma em geral, e os vícios que constituem essa irregularidade não são sinão *meios* particulares de lhe justificar a existencia.” — Toullier, X, 166; Marcadé, loc. cit.; Aubry e Rau, loc. cit. not. 89; Larombière, n. 83.

Tal é a doutrina dos que interpretam litteralmente a *causa proxima actionis*, do fr. 27 de Neracio, e que o cit. Lacoste resume assim: “A causa de uma demanda é o fundamento immediato do direito que a parte faz valer; quanto ás circumstancias sobre que o auctor não se funda sinão de modo mediato, são simples meios. Pode-se chamal-as sem duvida causas no sentido de constituirem bases da demanda, mas são causas afastadas (*causæ remotæ*); o fundamento immediato, a *causa proxima*, é a causa verdadeira da acção.”

Mas o illustre monographista francez repelle, e com razão, semelhante doutrina, que é contraria á verdade dos factos, pois que generalisa o que é especial — desnatura a demanda. Pedir a nullidade de um acto sobre a arguição de dolo não é invocar de modo geral a ausencia de consentimento, nem a incapacidade com arguir a menoridade, ou a irregularidade geral da forma com denunciar determinado vicio formal. As conclusões da causa, quaes ficaram individuadas na contestação da lide —ou dolo, ou erro, ou violencia, ou menoridade, ou interdicção, ou falta de uma testemunha, ou raspadura em passagem essencial do instrumento, etc, etc. — só dellas pode conhecer o juiz, só ellas constituem a c. j.

A verdadeira doutrina é, portanto, a que considera cada vicio como causa distincta. *Par consequent, autant de vices on aura à faire valoir, autant on pourra former de demandes* — n. 400.

Conc. Laurent, XX, 72; Demolombe, XXX, 334; Gar-

sonnet, III § 418; Baudry — Lacantenerie, II, 1289, e outros. Mas a verdadeira doutrina não poderá ainda se vestir de formula melhor? Sem duvida que sim. *Res judicata*, repitamos com Cujaccio, *est NEGOTIUM DE QUO sententia lata est*. Logo, a *causa* já julgada será unicamente aquella que tiver fundamentado a demanda, ou quando muito, por ampliação que as partes tenham dado á discussão (Vide Mattiolo. V, 36), aquella sobre que houve controversia e decisão. Em uma palavra, e com Cogliolo, como se verá no § 244, ha identidade de *causa* quando na segunda demanda se reproduz a relação juridica já resolvida na primeira.

§ 243

c) Identidade de pessoas

Um dos mais sabios principios da politica judiciaria é sem duvida o que se concretisa na regra *Res inter alios acta vel judicata aliis non nocet nec prodest*. Si toda acção presuppõe litigio entre auctor e reo, e si toda sentença não pode ir alem da resolução do litigio, segue-se que a *coisa julgada*, em sua potencia ou função negativa, só respectivamente ao auctor e ao reo produz effeito. Eis porque se diz no Digesto, que em geral esta excepção pode ser opposta sempre que ha *eadem quæstio inter EASDEM PERSONAS* ⁽¹⁾

Já vimos que *eadem quæstio* é aquella em que se pede o mesmo direito que se pediu em outra, e pelo mesmo fundamento. Vamos vêr agora quando é que se pode dizer que ha *eædem personæ*.

E desde já se affirma que aquella locução *inter easdem personas*, e a outra do fr. 14 já citado — *eadem condito personarum* — reciprocamente se completando, não designam uma identidade *physica*, sinão a *juridica* dos litigantes respectivamente á relação de

direito litigiosa ou *negotium de quo sententia lata est*. Assim, pode proceder esta exceção contra quem não figurou pessoalmente na demanda, si nella esteve legitimamente representado, mas não proceder contra quem tomou parte efectiva no pleito, si na segunda demanda age em qualidade diversa daquella que representou na primeira ⁽²⁾.

Em uma palavra — ha *identidade de pessoas entre duas demandas quando a relação de direito debatida e julgada na primeira é identica para as pessoas que figuram na segunda* ⁽³⁾.

⁽¹⁾ fr. 7 § 4.º h. t. (XLIV, 2).

⁽²⁾ Mattiolo, vol. cit., n. 47.

Si as mesmas devem ser as pessoas (*inter easdem personas*) e a mesma a sua condição (*eadem conditio personarum*), é evidente, como diz Demolombe (XXX, 343), que estas duas condições só fazem uma, a saber: a identidade jurídica das pessoas.

⁽³⁾ “Peu importe que les personnes, qui ont figuré dans le premier litige, soient physiquement les mêmes que celles que figurent dans le second, si elles ne sont pas les mêmes juridiquement.

“Réciproquement, en sens inverse, si elles sont les mêmes juridiquement, peu importe qui elles ne soient pas physiquement les mêmes.” Demolombe, loc. cit.

Tal é o sentimento geral dos escriptores.

§ 244

Synthese dos tres §§ anteriores

Considerando successivamente a *res*, a *causa petendi* e a *conditio personarum*, viemos accumulando os melhores elementos formadores da identidade ou *eadem quæstio* constitutiva da *exceptio rei judicatæ*. Dissemos que a segunda demanda é identica á primeira, e deve por esta ser repellida, quando por

ella se pede a mesma relação jurídica resolvida na primeira, quaesquer que sejam as modificações ou condições materiaes do corpo, quantidade ou direito que se pede (*idem corpus, eadem quantitas, idem jus*), pelo mesmo fundamento legal do direito com que se pede (*eadem causa petendi*), e a mesma a condição jurídica das pessoas respectivamente ao facto ou relação de direito já resolvida (*eadem conditio personarum*).

Portanto, as tres identidades, de que fallam os citados frs. 12, 13 e 14 do Dig. de excep. rei judicatae, fundem-se nesta: *identidade da relação de direito resolvida*. Daqui vem, por ultimo, acceitarmos a formula de Cogliolo: “*procede a excepção de coisa julgada quando entre o direito que se pede e o julgado ha identidade de facto e de relação juridica.*”⁽¹⁾

⁽¹⁾ Cogliolo, pondo-se em muitos pontos de accordo com Savigny, Maynz, Laurent, Demolombe, Serafini e outros, que neste assumpto se foram parcialmente emancipando do romanismo classico, construiu, com impecavel logica, uma theoria integral da excepção de c. j., que vamos reproduzir, mais apertadando ainda o resumo que della faz Serafini, nt. I I ao § 116 de Arndts.

“Os romanos resolveram praticamente os casos de *excep. r. j.* mas sem achar uma regra scientifica sobre a identidade dos direitos. E’ verdade que nos frs. 12-14 h. t. fallaram de *eadem res, eadem causa*, mas não no intuito de construir uma theoria.

“O elemento da *eadem res* não é condição necessaria da *excep. r. j.*: si peço hoje o predio e amanhã uma accessão do mesmo predio, ha *excep. r. j.*, e no emtanto não ha a *eadem res*. Outro tanto com a *causa petendi*: posso pedir uma coisa duas vezes pelo mesmo titulo e não haver a *excep. r. j.*: como se emprestei duas vezes cem liras a titulo de mutuo. Quanto ás *eadem personae*, muitissimas são as excepções, como veremos no § seguinte. Portanto, a regra das tres identidades não caracteriza a identidade dos direitos.

“Buscando a verdadeira regra, figura Cogliolo os dous seguintes exemplos:

1.º) Primus reivindica de Secundus o predio X e readquire a posse delle. Depois, Secundus torna a possuir mesmo predio e Primus intenta de novo a *reivindicatio*. Secundus não tem a *excep. r.j.* (fr. 17 h. t.); no entanto a coisa é a mesma (o predio X), a causa é a mesma (direito de propriedade), as pessoas são as mesmas (Primus e Secundus). A unica diferença entre os dous direitos é o facto da posse: logo, o *facto* é um elemento para a identidade das relações jurídicas.

2.º) Primus tem exactamente cem liras por conta de Secundus. Este lh’as pede com a acção de mandato; depois lhe propõe a *actio negotiorum gestorum*. Procede a *excep. r. j.* (fr. 5 h. t.); no entanto a *res* poderia ser diversa, a *causa* ora é mandato, ora é gestão de negocios sem mandato, mas o que ha de identico é a relação jurídica, isto é, a obrigação de Primus dar a Secundus o que então exactamente retem por conta deste ultimo.

“Donde se segue, que a regra para a identidade dos direitos e para a applicação da excepção de coisa julgada é esta: “dá-se a EXC. REI JUD. quando entre o direito recla- mado e o julgado na identidade DE FACTO E DE RELAÇÃO JURIDICA.”

“Tudo esta em distinguir *facto* de *relação jurídica*. Por esta se entende “o vinculo de prestação entre duas pessoas, vinculo que nasce de um facto *subsumptus* em uma norma de direito”. A relação jurídica tem um corpo e uma vesti- dura: o corpo lhe é dado por um facto humano e por uma norma jurídica, a vestidura lhe é dada pelo direito formulado, pelas *actiones*, pelas *nomina juris*. Si, v. g., Primus roubou um objecto a Secundus, temos o FACTO (*Primus roubou tal coisa em tal dia etc.*), a RELAÇÃO JURIDICA (*Primus a deve restituir*), e VESTIDURA JURIDICA (*rei vindicatio, condictio furtiva*). Os dous primeiros elementos caracterizam a identidade dos direitos.

“Daqui vem que se pode mudar a acção na segunda demanda e haver todavia a c. j. si os mesmos se mantiverem o facto e a relação jurídica. Ulpiano o diz expressamente no fr. 5 h. t., e Juliano no fr. 25 § 1.º com o exemplo, ja lembrado acima, da *quanti minoris* e da *redhibitoria*.

“Não esqueçamos, porem, que a regra *electa una via non datur regressus ad alteram* nem sempre vem da *excep. r. j.*, mas tambem pode provir da theoria da concorrência das acções (vj. o nosso § 26).

“Quanto ao *totum et pars*, a regra do fr. 14, que é continuação do fr. 12 h. t., a qual levou os escriptores a dizerem que procede a *excep. si* na nova demanda se pede parte de um todo já julgado, deve ser entendida assim: “mudar o *totum* em uma *pars* não impede a *excep. r. j.* quando a demanda sobre o todo caia tambem sobre a parte”. Ulpiano nos dá um exemplo no fr. 7 § 4 h. t.: si fui vencido na demanda de uma successão serei repellido pela c. j. si voltar a pedir effeitos singulares da mesma successão.

“Quanto á *causa* ou *origo petendi* ou *actionis*. E’ o titulo juridico da pretensão, e os elementos de identidade são sempre e unicamente o FACTO e a RELAÇÃO JURIDICA. Nos direitos pessoaes, mais facil é achar a *causa petendi*, e mudando essa, mudam o facto e a relação juridica, e por isso já não se dá a *exc. r. j.*; ha casos, porem, em que se muda a *causa*, e ha a *exc.* (fr. 28 §§ 13. 14. D. XXXIV, 3), e outros em que a *causa* permanece e não ha *exc.* (fr. 13 pr. XIV, 3). Nos direitos reaes, o elemento essencial não é a *causa*, mas a *relação juridica*, o *meum est* (frs. 14 § 2 h. t. e 159 de reg. jur.).

“Finalmente, quanto ás pessoas, tantas são as excepções á pretensa regra do *inter alios acta*, que ellas mais parecem a regra, e esta uma excepção. Portanto, esta ultima identidade não se pode referir aos individuos sinão ao FACTO e á RELAÇÃO JURIDICA resolvida. A formula é a mesma com que fechamos o texto deste §.”

Como se vê, é um systema completo, capaz de resolver quaesquer duvidas praticas.

§ 245

Da pretensa regra RES INTER ALIOS...

Lê-se em quasi todos os escriptores ⁽¹⁾, que o requisito da *eadem conditio personarum*, por Ulpiano

exigido como elemento da *exceptio rei judicata*, provem da regra de Paulo: *Res inter alios acta vel judicata alios non prodest nec nocet* ⁽²⁾.

Mas já vimos como se deve entender aquelle requisito: a *identitas personarum* não está na identidade dos individuos, sinão no facto e na relação jurídica resolvida, de modo que o julgado liga toti as pessoas para quem fôr identica essa mesma relação ⁽³⁾.

Logo, aquella pretensa regra não é absoluta; aliás se restringe em muitos e variados casos. V. g., e principalmente:

I. A respeito dos successores, por título universal, de qualquer das partes que figuraram na demanda ⁽⁴⁾;

II. ou mesmo a título singular ⁽⁵⁾;

III. A respeito dos legatarios na causa de nullidade de testamento sustentada entre o herdeiro escripto e o *abintestato* ⁽⁶⁾;

IV. A respeito dos parentes na causa de filiação ⁽⁷⁾;

V. A respeito das obrigações solidarias ⁽⁸⁾;

VI. A respeito dos fiadores ⁽⁹⁾;

E outros muitos casos em que a sentença ora aproveita ora prejudica a terceiros que não figuraram na demanda anterior, e a quem ou contra quem, portanto, pode competir ou ser opposta a excepção de coisa julgada ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁾ A materia é complexa e daria para muito mais do que comportam o nosso *Programma* e a extensão predestinada ao presente volume. Damos apenas a idéa capital: para os desenvolvimentos, remettemos aos diversos auctores que vão citados nas notas abaixo, e especialmente Cogliolo, pags. 297-362, Laurent, vol. XX ns. 94-130, Savigny, vol. 6.º § CCLXXXVII e segs. e Lacoste, ns. 1012-1039

⁽²⁾ fr. 16 *qui potiores in pignore* (XX, 4).

— *Si neque mandasti fratri tuo defensionem rei tuæ, neque quod gestum est, ratum habuisti; præscriptio rei judicatæ tibi*

non oberit. Et ideò non prohiberis causam tuam agere sine præjudicio rerum judicatarum.

— *Res inter alios judicata, neque emolumentum afferre iis qui in iudicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irragare; ideoque nepti tua præjudicare non potest, quod adversus coheredes ejus judicatum est, si nihil adversus ipsam statutus est.*

— *Nec in simili negotio res inter alios actas, absenti præjudicare, sæpe constitutum est.* — Cod. Just., const. 1, 2 e 4, *Quib. res judic. non nocet* (VII, 55).

(³) “Così ad un successore universale si può opporre la cosa giudicata, perchè defunto ed erede di fronte alla legge sono una sola persona, e unico è il vincolo giuridico. Adunque l’eccezione di cosa giudicata può opporsi a tutte quelle persone per le quali identico è il rapporto giuridico giudicato tra persone diverse fisicamente da quelle.” Cogliolo, *obr. cit.*, p. 290-291.

E mais adiante (p. 294): “Quando é que duas pessoas são juridicamente identicas? Quando representam identica relação jurídica. *In questa risposta consiste la nostra teoria.*”

(⁴) fr. 11 § 8 h. t. “*Le jugement rendu contre leur auteur peut leur être opposé, et si le jugement lui est favorable, ils peuvent s’en prévaloir*” Laurent, XX, 94.— *Ed è evidente, diz Cogliolo, imperocchè il defunto e l’erede formano un solo individuo giuridico, come se il morto ancor visse e fosse ancora lui il subbietto di quel rapporto* — pag. 334.

(⁵) Bem entendido: a respeito do direito em que succedeu ao *de cujus* — Laurent, *loc cit.* — Assim, o comprador pode oppôr, ou lhe ser opposto, o que foi julgado com o vendedor acerca do objecto vendido. E a razão é evidente: o vendedor e o comprador quanto ao interesse e á relação jurídica são uma só pessoa perante o terceiro reivindicante — *cit. Cogliolo*, p. 335.

(⁶) *ibid.*, p. 337.

(⁷) fr. 1 § 16 *de agnosc.* (XXV, 3).

(⁸) “*I subbietti di una obbligazione correa, diz Cogliolo, sono tra di loro legati da vincoli giuridici sì stretti e di sì fatta natura, che il giudizio o richiesto o sostenuto da uno di essi ha in alcuni casi un riverbero su gli altri correi, per i quali quel giudizio non è sempre una RES INTER ALIOS giudicata* — pag. 314.

(⁹) Vj. Cogliolo, § 9.º pag 324.

(¹⁰) O cit. Cogliolo, § 15 pag. 357, resume, nos seguintes, os casos em que, a despeito da mudança das pessoas físicas, vale a coisa julgada porque idêntica é a relação jurídica:

- a) mandante e mandatários,
- b) coobrigados na correalidade,
- c) devedor principal e fiadores,
- d) pai e filho e credores munidos de uma *actio adjecticia*,
- e) sucessores universais,
- f) sucessores particulares,
- g) legatários e herdeiros,
- h) devedor e credores,
- i) coherdeiros e condôminos,
- l) cointeressados secundários.

Vid. Lobão, *Seg. Lin.*, vol. 1.º pag. 690 — 703.

§ 246

Si os motivos da sentença fazem COISA JULGADA

Das quatro escolas (¹) que sobre este ponto disputam a melhor teoria, parece superior a de Savigny (²) completada pela de Cogliolo (³).

O eminente romanista de Berlim, distinguindo os *motivos objectivos* dos *subjectivos*, sendo aquelles as mesmas relações jurídicas, que foram *causa da sentença*, e estes as razões ou argumentos, que moveram o animo do julgador, só aos primeiros dá auctoridade de coisa julgada.

Posto que a Cogliolo pareça justa esta teoria, todavia se lhe afigura ella insufficiente, já que não contem o criterio com que distinguir os motivos objectivos dos subjectivos: todos os motivos, diz o illustre professor de Genova, são subjectivos, no sentido de haverem movido o espirito do juiz, e são objectivos, no sentido de se terem externado ou objectivado na sentença.

— A *res judicata* presuppõe o juízo do julgador, e este presuppõe a controversia das partes; logo, *fazem coisa julgada as relações jurídicas que realmente foram controvertidas e julgadas* ⁽¹⁾.

E assim, *só fazem coisa julgada os motivos em que taes relações estiverem expressas como causa immediata do dispositivo da sentença.*

⁽¹⁾ A saber:

I. Nenhum motivo tem auctoridade de coisa julgada, nem mesmo si é causa immediata da sentença — Mævius, *pars* 3, *dec.* 308, nt. 5, e outros citados por Cogliolo, p. 177 nt. 190.

II. Os motivos só têm auctoridade quando o dispositivo é equivoco — Cocceius, *Jus contr.*, 42, I *quæst.* 8; Puffendorfius, *Observ.* I, 155.

III. Têm auctoridade os motivos inseridos no dispositivo — Wernher, *Observ.* observ. 172.

IV. Qualquer motivo tem auctoridade: é a alma da sentença — Böhmer, *Exerc. ad Pand.*, tom. V. p. 534.

⁽²⁾ vol. VI § CCXCI-CCXCIV.

⁽³⁾ obr. cit. p. 177.

⁽⁴⁾ *id.* p. 179. — Doutrina que o auctor compendia na locução *tantum judicatum quantum litigatum*, a qual com maior propriedade se devia converter nest'outra: *nil judicatum quod non sit litigatum*.

Eis os exemplos do mesmo auctor:

1.º A promove a *reivindicatio* contra B: A deve provar que é proprietário, e que B possui; supponhamos que prova ser proprietário, mas depois se vê que B não possui: a sentença será esta: A é *dominus*, mas B não possui e por isso é absolvido.

Neste exemplo as relações jurídicas são duas: a) A é proprietário, b) B não possui.

Ambas fazem c. j. porque foram objecto de controversia e julgadas.

2.º A intenta a *reivindicatio* contra B, produzindo titulo de propriedade, mas B, sem contestar o titulo, oppõe não ter a posse. Eis a sentença: a) A é proprietário, mas b) B é absolvido porque não possui.

A relação a) não faz c. j.: por isso, si B posteriormente promove a *reivindicatio* contra A, este não têm a excep. de c. j.

3.º A pede 100 e B oppõe em compensação outros 100; o juiz não a recebe — a) ou porque A não deve 100, b) ou porque estes 100 não são liquidos.

Ambos os motivos fazem c. j.: si é a relação a), B não tem mais acção para pedir os 100, si é a relação b), B tem acção quando os 100 se tornem liquidos — fr. 7 § 1.º D. XVI, 2, fr. 8 § 2 Dig. III, 5.

4.º A pede alimentos a B como seu filho, B não nega que é pai, mas nega que A precise de alimentos. Sentença: a) A é pobre, b) B o deve alimentar, C) porque é seu pai.

A relação C) é uma relação objectiva, e no entanto não faz c. j., porque não foi objecto de controversia: B pode propôr acção para desconhecer a paternidade — frs. 5, 8, 9 e 18 Dig. XXV, 3.

§ 247

Si a transacção é licita POST REM JUDICATAM

Glück destinou o § 350 das suas *Pandectas* ao estudo deste ponto, que tem sido largamente controvertido. Vai aqui o seu resumo.

Toda transacção presuppõe coisa debatida ou duvidosa. Outro não deve ser o criterio para a solução da these. Mas como ha textos affirmativos ⁽¹⁾ e outros negativos ⁽²⁾, antes de tudo se deve examinar em que sentido tomaram elles a locução *res judicata*.

Emquanto no generico e improprio de sentença proferida e publicada, de modo que não possa mais ser modificada pelo juiz prolator, Ulpiano prescreve que sobre ella podem as partes transigir *post rem judicatam*. Ainda ha então uma *res dubia*, visto poder a sentença ser reformada na instancia da appellação ⁽³⁾.

Mas si a sentença percorreu todas as instancias, e adquiriu por isso força de lei — *res judicata* no sentido proprio — sobre ella não pode haver transacção ⁽⁴⁾. Nada mais ha a decidir ⁽⁵⁾. E si todavia se fechasse alguma transacção, licito seria repetir o

que por ella se pagou, menos o correspondente ao que fosse devido por força do julgado.

Esta regra, porem, pode ser exceptuada nos dous seguintes casos:

- a) quando é ainda duvidoso si existe a *res judicata* ⁽⁶⁾;
- b) quando a execução da sentença pode ou originar novas contestações ou trazer muitas outras difficuldades e despesas ⁽⁷⁾.

Escusado é dizer que esta doutrina não exclue a possibilidade do *pactum remissorium*, que vale mesmo *post rem judicatam* ⁽⁸⁾.

Tal nos parece ser a doutrina que melhor se conforma com os principios do direito judiciario.

⁽¹⁾ frs. 7 pr. e II *de transact.* (II, 15).

⁽²⁾ fr. 23 § I *de cond. indeb.* (XII, 2); const. 32 *eod. tit.* (IV, 5).

⁽³⁾ cit. fr. 7 *de transact.* — *Et post rem judicatam valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.*

⁽⁴⁾ const. 32 *de transact.* (II, 4).

⁽⁵⁾ LL. 3, 4, 5, 8 e 9 Cod. Gregor. *de pactis et transac.*; 3 Cod. Hermog., *eod. tit.* e 2 Cod. Theodos. h. t.

⁽⁶⁾ fr. 88 h. t.

⁽⁷⁾ Leyser, *Medit. ad Pand.*, IV, 836, *apud* Glück, loc. cit.

⁽⁸⁾ V. g. Perdão toda ou parte da somma que meu devedor foi condemnado a pagar por sentença irrevogavel; o que vale, não como transacção, mas como doação. Por isso diz Paulo, *Sentent.*, I, 1 § 50 “*post rem judicatam factum, NISI DONATIONIS CAUSA INTERPONATUR, servari non oportet*”.

Vj. Voet, *de transact.*, § n. 11.

§ 248

Da influencia da coisa julgada no juizo criminal sobre o civil ⁽¹⁾

A hypothese se encerra no conceito seguinte: Todo delicto abre duas acções — a criminal para por

ella se haver a punição do delinquente, e a civil, que tende á satisfação do damno causado pelo delicto. E como taes acções são reciprocamente independentes, pode se dar o caso de ser a acção criminal julgada antes da civil: então, que influencia terá esse julgamento sobre esta ultima acção?

Em nosso direito está a materia explicitamente resolvida no art. 68 da L. de 3 de Dezembro de 1841, que diz:

“A indemnisação, em todos os casos, será pedida por acção civil. . . Não se poderá, porem, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu auctor, *quando estas questões se achem decididas no crime.*”

Isto quer dizer que, quando no juizo criminal passar em julgado a sentença que condemnou ⁽²⁾ Pedro como auctor do crime X, si no posterior juizo civil para satisfação do damno causado por este mesmo crime X, Pedro vier negando ou a existencia ou a auctoridade deste crime, o auctor lhe opporá a *coisa julgada* para que não mais sejam aquelles pontos sujeitos á discussão.

Qual seja o fundamento de tal disposição, ponto é que divide os melhores juriconsultos, como sejam por exemplo, Merlin e Toullier ⁽³⁾. Para nós está puramente na funcção positiva da *coisa julgada*, que *pro veritate habeatur* independentemente das identidades constitutivas da *excepção de coisa julgada*. E' uma *dispositio legis*, baseada em considerações de ordem publica. Que fôra do prestigio da justiça repressiva, si o condemnado por sentença que passou em julgado pudesse se eximir de satisfazer o damno causado pelo delicto, com a allegação de não haver crime ou de não ser elle o seu auctor? Que papel representaria o poder publico, si o mesmo crime

pudesse existir e não existir ou si Pedro fosse e não fosse o auctor de determinado crime?

⁽¹⁾ Fazemos nossas as seguintes linhas de Demolombe, vol. 30 n. 405:

“La thèse, que nous abordons, pourrait être posée en deux termes corrélatifs:

“Quelle est l’influence, au civil, de la chose jugée au criminel?

“Et, réciproquement, quelle est l’influence, au criminel, de la chose jugée au civil?

“Mais cette seconde partie appartient à l’étude du Droit Criminel; et les questions, qu’elle fait naître, ne s’élèvent que devant les tribunaux de justice répressive.

“Or, nous traitons du Droit privé, et nous sommes devant les tribunaux civils.

“Ce qui a trait au Droit Criminel est donc en dehors de notre plan, déjà lui-même si vaste!”

Diremos, todavia, que, *em regra*, nenhuma é a influencia da coisa julgada no juízo civil sobre o juízo criminal — Demolombe, n. 406; Paula Baptista, § 189; Mangin, *Tr. de l’action pub.*, n. 420.

E se diz *em regra*, alludindo as questões chamadas *prejudiciaes*, que enquanto não resolvidas suspendem a acção criminal, e a extinguem si são decididas de modo a negar ou contradizer a existencia do crime em qualquer de suas forças — objectivas ou subjectivas — cit. P. Baptista, nt. 4.

— A introdução das excepções prejudiciaes no processo criminal é de necessidade indeclinavel. Eis porque no nosso *Projecto do Código do Processo Criminal do Estado de S. Paulo* se lê o seguinte:

“Art. 212. Poderá também o reu oppôr as excepções prejudiciaes que tiver, consistentes em factos ou actos civis de cuja previa verificação depender essencialmente a qualificação legal do crime imputado, e cuja solução competir privativamente á jurisdição civil.

“§ un. Na noção legal destas excepções comprehendem-se unicamente os factos ou actos relativos ao estado de pessoa ou ao direito de propriedade, exclusivos da constituição objectiva ou subjectiva do crime.

“Art. 213. Opposta alguma destas excepções, suspende-se o curso do processo até ser a questão decidida irrevogavel-

mente no juízo civil; e se porá termo á acção criminal logo que o reu produza sentença em seu favor.”

— *L'exception préjudicielle est alors une incompétence qui fait obstacle, non seulement au jugement, mais à l'exercice de l'action criminelle; c'est en ce sens que l'on a dit et que l'on a écrit que l'interdiction d'intenter l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, avant le jugement définitif sur la question d'état, constitue une exception préjudicielle* — Bertauld, *Quest. et excep. préjud.*, pag. 2-3.

(²) Dizemos a sentença que CONDEMNOU, porque parece não mais susceptível de duvida a opinião que não vê c. j. na sentença de absolvição, obtida no juízo criminal, sobre a acção civil de satisfação.

Nem outra pode ser a interpretação grammatical ou lo- gica do nosso art. 68 da L. de 3 de Dezembro, e consoante a doutrina dos mais abalisados especialistas da materia. Quando as questões *sobre a existencia do facto e sobre quem seja o seu auctor estejam decididas no crime*, diz a lei, e isto só pode significar que o crime ficou provado e que é auctor delle a pessoa condemnada. Portanto, si o indiciado foi absolvido porque não se provou ou a existencia do crime ou que fosse elle o auctor, tal sentença não poderá ser opposta como c. j. no juízo civil para impedir a acção de satisfação. E obvia é a razão: o facto pode ser verdadeiro e outra pessoa o seu auctor, ou mesmo o accusado, mas sem o concurso das condições da imputabilidade criminal.

Esta doutrina é sustentada por Merlin, *Rép. vb. Répar. civ.* § 7 n. 2; Faustin Hélie, loc. cit. n. 1105; Dalloz, *Rép. v. Chos. jug.*, n. 556; Lacoste, n. 1089; Mangin, *De l'act. publ.*, n. 427; Demolombe, XXX, 426, e outros. — *Le juge de l'action civile*, diz Lacoste, *peut, sans contredire la sentence d'acquittement, déclarer que l'individu acquitté a commis le fait par lequel il a été poursuivi*.

(³) São as duas opiniões extremadas sobre a materia.

Merlin (*Quest. de Dr.*, v.º *Faux*, § 6.º) professa que *le criminel tient le civil en échec*, porque, segundo elle, nas duas acções concorre a triplice identidade, *rei, causæ e personarum*. Isto é manifestamente falso: a unica identidade constante é a da *causa petendi*, a qual se concentra no delicto.

Toullier (vol. X n. 240-256) combate Merlin, e conseguindo facilmente demonstrar a ausencia daquelle concurso, tira a consequencia, como norma geral, que a sentença proferida

no juízo penal nenhuma influencia tem nem deve ter sobre a acção civil. O que seria o mesmo que derrocar o systema da justiça repressiva, como já vimos.

Faustin Hélie (*Tr. de l'Instr. Crim.*, II, 1103), reconhecendo que a jurisprudencia era pela doutrina de Merlin, declara-se pela de Toullier: segundo a logica e os principios geraes de direito, diz elle, a c. j. penal não deve ter influencia *formal e decisiva* sobre a acção e sobre o juízo civil. Entretanto, elle mesmo reconhece que, em materia penal, a identidade das pessoas não é elemento necessario da *excep. r.j.*

CAPITULO XI

Da Execução

SECÇÃO PRELIMINAR

Theoria geral da execução

§ 249

Conceito politico da execução forçada

Já dissemos que o Direito judiciario entra no quadro do direito publico do Estado, cuja primeira missão consiste em manter a ordem juridica, assegurando quanto possivel a conformidade entre as relações de direito, que são do dominio da vontade livre do homem, e as regras de direito, que são os caracteres viviveis do proprio sentimento juridico geral. Mediante o poder judiciario, o Estado assegura a auctoridade da lei e ao mesmo tempo cura o homem das lesões juridicas, que são outras tantas anomalias na ordem collectiva ou social. Lei e processo — eis os factores da existencia juridica: pela lei, o Estado prescreve as normas das actividades

singulares, pelo processo, restabelece a saúde colectiva mediante a normalidade das relações de direito, que o processo consegue. Uma força abstracta, que afinal se revela em um fim pratico, qual é o gozo estavel do direito subjectivo. Afinal, duas forças: a determinação substancial dos direitos e sua conservação funccional. *Fortes creantur fortibus*.

Tambem vimos, que as violações das relações de direito, outros tantos estados pathologicos do organismo social, a que o moderno Lilienfeld dá o nome de *anomalias da esphera juridica*, desaparecem mediante a *acção judicial*, imposta ao violador; *acção*, que nada mais é sinão um dos modos da manifestação social da força intrinseca do direito violado, ou melhor, a *sancção dos deveres exigíveis*. Lei sem sancção valeria na republica de Stilo ou dentro na placidez das escolas de São Simão. Pois a acção está para o direito subjectivo como a sancção para a lei. São as duas mais decisivas forças da therapeutica juridica. Porque é que o paganismo symbolisava a Justiça com a balança na sinistra e na dextra a espada, sinão para significar, na phrase de Ihering, que o Direito não é uma idéa logica, mas uma idéa de força? que ponderando o Direito, para que delle se faça exacta distribuição, a Justiça precisa da força, que o faça valer e impôr? ⁽¹⁾

Subindo mais na escala da sciencia juridica, vemos que a distincção entre os deveres moraes e os deveres juridicos positivos está *em ser a execução dos ultimos garantida por uma sancção externa tão completa quanto possível, a qual consiste na faculdade conferida ao titular do direito violado de pôr em movimento a força publica para que justiça lhe seja feita* ⁽²⁾; força publica indispensavel porque, como dissemos no § 3, só ella pode ser uniforme nos meios de garantir os direitos individuaes, e por-

que, sem essa uniformidade, impossível seria manter a ordem colectiva ou social, por completo incompatível com a liberdade natural, quer dizer, com a actividade animal do homem.

Mas si a criação do poder judiciario era uma necessidade por si mesma demonstrada, pois que é por meio da *acção* que o homem vê e sente o direito como se este fôra materia tangível, menos evidente não é á consequencia que dahi decorre: a necessidade de garantir a execução dos effeitos das sentenças daquelle mesmo poder. Si é pela *acção* que as regras de direito, de meras abstracções scientificas, mais intensa e extensamente se manifestam, no mundo pratico dos phenomenos juridicos, como relações de direito ou bens materialmente apreciaveis, as sentenças judiciais não passariam de reiteração especulativa de uma regra ideologica si a respectiva execução não se pudesse apoiar na mesma força que garantira o emprego da propria *acção*. *Fortes creantur fortibus*.

Passou em julgado a sentença que condemnara o reo a pagar certa somma de dinheiro ao auctor ou a lhe entregar certo objecto ou a lhe prestar determinado facto. Obedecendo ao decreto judiciario, dá o reo implemento voluntario á nova obrigação resultante do julgado. A lei foi cumprida, a relação de direito antes violada voltou ao primitivo estado de integridade physiologica: a missão do Estado está satisfeita. Mas *nemo ad factum precisè cogi potest*: o condemnado se revolta contra a *res judicata*, e se recusando a pagar ou a entregar o objecto ou a prestar o facto, de novo viola a relação de direito já definitivamente julgada.

Que hade fazer o vencedor? Deixar-lhe ao arbitrio a escolha dos meios de se immittir no gozo real do seu direito, o mesmo fôra que retroceder ao primitivo

estado da defesa privada, estado que as leis judiciais tiveram por fim remover e impedir; consentir que a auctoridade do poder judicial seja contrariada no que mais directamente concorre para a conservação da ordem jurídica, melhor fôra acabar com elle, deixando que cada qual se defenda por si e como quizer. Portanto, si a violação do direito legitima a intervenção do poder publico, para que este, como força que é, obrigue cada um a se manter nas linhas da propria actividade jurídica sem invadir as de outrem, logicamente justificada fica a permanencia da intervenção do mesmo poder para garantir a execução dos julgados. E' por isso que os jurisconsultos inglezes, abrangendo, em um só e breve conceito, toda a evolução serial dos phenomenos judiciais, diziam que a execução é o fructo e fim da lei: *Fructus et finis legis* ⁽³⁾.

(¹) “A espada sem a balança é a força bruta — diz mais o insigne jurisconsulto — a balança sem a espada é o direito impotente. Reciprocamente se completam, e o direito verdadeiramente não domina sinão quando a força desenvolvida pela justiça para empunhar a espada iguala a habilidade com que maneja a balança” — Ihering, *Le combat pour le Droit*, pag. 2

Nesta idéa se traduz a distancia que separa a *força* dos povos barbaros ou a justiça dos brahmanes (Leis de Manou, VII, 18, 20 — 22 etc), da *força* do direito moderno. “Si os *deuses* dominam, diziam os athenienses ao tempo da guerra do Peloponeso, é porque são os *mais fortes*: é assim tambem com os *homens*.” — Thucydides, V, 89. “A *justiça* e o que é *util ao mais forte* são uma e a mesma coisa” dizia Platão, *De la Republ.*, I, 339. Hoje não é assim: o direito do mais forte domina precisamente porque o mais forte é aquelle que tem por si o direito. Deus é o mais forte porque é o creador universal; na terra o mais forte é o direito.

(²) “Alors, par l’effet de la création de cette force publique destinée à faire respecter les droits, se trouve absorbée et supprimée la sanction individuelle qui les garantissait dans

l'état de nature; car l'emploi individuel de la force troublerait l'ordre social, et n'aurait aucun avantage pour celui qui l'emploierait, puisqu'il peut arriver au même résultat en s'adressant aux autorités établies. Tel est le rôle important, l'autorité incontestable de la société civile. Ce sont ces avantages qui ont partout provoqué la formation de toutes ces sociétés grandes ou petites qu'on appelle les *nations*." Alph. Boistel, *Cours élém. de Dr. Nat.*, pag. 61.

⁽³⁾ *Frusta ferrentur sententia, nisi debitæ mandarentur executioni Inter est Reipublicæ sententias executioni mandari* — Silva *ad Ord.* III, 86 pr. ns. 1 e 2.

"Sententia sine executione veluti campana sine pistillo est, et quasi fulgur ex pelvi, aut tonitrus sine pluvia." Vj. Lobão, *Execuções*, § 1.º

§ 250

Conceito juridico da execução forçada

Acabámos de dizer que é por meio da *acção* que o homem vê e sente o direito tão realmente como si fôra corpo material. Vemos o direito quando o sentimos na tranquillidade da vida economica, assim como vemos, na harmonia das côres, a perfeição esthetica de um quadro. O direito é uma sensação e uma percepção: a nossa consciencia recebe a impressão da materia juridica tal como os órgãos sensorios a dos objectos externos. *Conscii sumus*.

Tambem já dissemos que o direito é uma idéa pratica; tem uma *forma*, porque não ha corpo, organico ou inorganico, sem structura morphologica. Mas si a harmonia physica só se mantem emquanto cada corpo guarda as linhas de composição e posição que lhes foram traçadas no systema cosmico, tambem a sociedade civil, que é um systema de harmonias moraes, só se conserva cónsona emquanto a *forma* das relações de direito se mantem dentro

nas linhas da ordem geral. Assim, si cada individuo se puzesse a *transformar* o direito alheio, a sociedade entraria em franco estado pathologico, cujo *processus* morbido seguiria em sua marcha desorganizadora até o pleno periodo da anarchia, tão negatorio do direito quanto o esphacelamento o é da organização, quanto a morte é a negativa da vida. Negar ou violar o direito de outrem o que é sinão lhe mudar a *forma* juridica, isto é, molestar-o em sua substancia ou materia, até lhe empecer as funcções e lhe tolher os effeitos ? Nem outro foi o pensamento do citado Lilienfeld quando disse, que negar a forma do direito, por isso que todo o direito é formal, importa o mesmo que negar o proprio direito (¹).

Ora, o direito judiciario precipuamente se destina ao emprego dos meios mais logicamente aptos para que se mantenha a *fôrma* juridica da existencia social ; meios esses que já conhecemos desde o estudo dos *Prolegomenos*, e que são: a *organização* judiciaria e as *formulas processuaes*. Pela auctoridade judiciaria se consegue que a applicação do direito objectivo se faça imparcial e uniformemente; pelo systema das formulas preestabelecidas do processo se mantem a authenticidade dos actos forenses, e se garante a igualdade dos litigantes enquanto reciprocamente defendem as suas contradictorias posições na *litiscontestatio*. E tal é integralmente o conceito juridico-theorico do processo civil. Fôra grosseira incivilidade scientifica crear o poder judiciario para ser o desapaixonado succedaneo da defesa privada em todos os assomos da liberdade natural, sem que ao mesmo tempo se traçassem as linhas logicas do direito formulario, com todos os elementos politicos e intimos quaes ficaram estudados nos §§ 66-72.

Mas a reintegração final das relações de direito violadas não se consumma realmente com a sentença; o valor apreciável do direito só tem sua real expressão na posse e gozo de sua *forma* integral: substancia e efeitos, materia e função. Por assimilação de ideas, aliás explicável por patente analogia de phenomenos economicos e juridicos, podemos dizer que na *res judicata* ainda não está aquella *posição* de que fallava Paulo ao definir a posse *a sedibus*, e que os gregos designam pelo vocabulo *catochen*, *detenção* ⁽²⁾. Esta immediata dominação physica do direito, este *meu*, só a *execução* realisa.

Entretanto, a necessidade de manter a ordem juridica, condição da saúde social, estava exigindo que não ficasse entregue á livre actividade do vencedor e do vencido o modo daquella *execução*, que põe ainda em luta dous direitos: o do credor, que *deve ser* pago, e o do devedor, que *só é obrigado* a pagar até onde e enquanto a mesma ordem juridica permittir ou impuzer. O direito do exequente, portanto, tem de se ajustar a regras preestabelecidas para que por sua vez não *transforme* o direito que o executado tem a que lhe sejam mantidas as garantias de sua condição de devedor; este tambem deve, por seu lado, observar certas regras, igualmente preestabelecidas, para que o direito do credor não seja aniquilado por incabida opposição ou estorvos illegitimos.

O principio de direito universal — que quem se obriga, obriga os proprios bens — regra latente em qualquer relação obrigatoria ⁽³⁾, na execução civil se torna patente por força de disposições legaes ⁽⁴⁾. E porque é na real liquidação do debito exequendo que está o momento consummativo do processo civil, o systema das leis e formas que regularam a acção não podia deixar de prover ao modo daquella li-

quidação, que simultaneamente consulta a triplice ordem de direitos e interesses: do credor, do devedor e da sociedade ⁽⁵⁾.

Eis aqui o conceito juridico da *execução forçada*.

(1) Paul de Lilienfeld, *La Pathologie Sociale*, pag. 147.

(2) fr. I *de adquir vel. am. poss.* (XLI. 2).

(3) Dizemos *qualquer*, porque toda obrigação, qualquer que seja o seu conteúdo, pode ter um denominador commum, que é o dinheiro, na accepção mais larga — *bona, ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse*, na phrase de Ulpiano — fr. 49, *de verb. sig.* (L, 16).

Como se vai ver, a execução pode ter por objecto ou dinheiro, ou entrega de coisa certa ou prestação de um facto. Si a coisa não mais existe ou já não pode ser entregue, ou si o facto não pode ser prestado, a falta da entrega ou da prestação se resolve em dinheiro, ou logo em especie ou pelo producto da venda judicial dos bens do devedor.

(3) Tão evidente é aquelle principio, que razão têm aquelles que censuram ao codigo Napoleão o havel-o formulado no art. 2092: *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, presents et à venir*.

(4) O art. 7.º da Lei hypothecaria franceza, reproduzindo aquella disposição do cod. civ., não disse *s'est obligé*, mas *est obligé*. Esta pequena variante, que Laurent prefere á redacção do codigo, pois a obrigação de solver pelos *bens*, qualquer que seja a obrigação contrahida, *não depende do consentimento do devedor*, (*Dr. civ.*, vol. 29 n. 267), tem sua maxima applicação na execução das sentenças. Por força da condemnação incorre o devedor na obrigação *legal* de entregar tantos bens seus quantos bastem para inteiro cumprimento do julgado. E porque a execução deverá ser tão completa quanto couber nas forças patrimoniaes do devedor condemnado — todos os seus bens moveis, suas colheitas, os fructos, muita vez arrancados de penoso trabalho, a propria casa, abrigo da familia, direitos, acções, toda a fortuna, emfim, preço do passado e garantia do futuro — tudo tem de ceder á força da lei. Semelhante condição não podia ficar á mercê da liberdade do exequente, não raro, como diz Bellot, agente da impiedade e da má fé — obr.

cit. pag. 131. Prestabelecendo as formas da execução forçada, a lei não tanto favorece directa e principalmente o credor como protege o devedor contra os abusos daquelle.

A execução é uma instituição jurídica, organizada sob o influxo protector da justiça, directa representante do direito.

(^o) Pisanelli (Relat. off. do Cod. proc. civ. ital. pag. 33) traça, nas seguintes linhas, todo o *conceito da execução forçada*:

“La esecuzione forzata è tra le parti più rilevanti della legislazione, perchè presenta difficoltà gravi, sia di ordine privato e pubblico, sia di ordine economico. Assicurare, da una parte, il diritto del creditore, mantenere, dall'altra, il rispetto dovuto alla condizione e agli interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sì che diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare le garanzie del credito e le garanzie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza: tali sono i precipui problemi a sciogliere.”

Melhor não conseguiríamos achar a synthese dos dous paragraphos *supra*.

§ 251

Definição

Podemos agora, reunindo os elementos expostos, definir *execução forçada* — o *systema dos actos judiciaes tendentes a forçar o devedor a reduzir a effeito a sentença condemnatoria* (¹), ou em menos palavras, como no Programma (LII) — o *acto pelo qual se reduz a effeito a sentença* (²).

(¹) E' resumo da definição de Strychio, *Us. mod. ad tit. de re jud.* § XLVII: *actus judicialis, per quem sententia condemnatoria contra reum invitum, qui sententiæ satisfacere recusat, in effectum deducitur.*

Moraes, *de Execut.*, VI, VI n. 1, assim define: *actus quo Judex id quod finaliter per sententiam exequibilem, ipse, vel alius competenter decreverat, informa juris per suos Ministros as victoris instantiam realiter ad effectum perducit.*

(²) Nesta summula estão implicitamente compreendidos os outros elementos, explicitos nas de Strychio e Moraes, pois que aquillo que virtualmente se contem no objecto definendo não é de rigor que figure na definição — Bain, *Logique*, I, 108.

§ 252

Modos de executar a sentença

Sustentam ainda alguns jurisconsultos que a sentença geralmente se pode executar de dous modos: ou pela acção *judicati* ou mediante o systema das formas do processo executorio, de que ora nos occupamos (¹).

Como these, a proposição é falsa, pois que a *actio judicati* só em hyppothese poserà ser usada poderá ser usada, e é quando da sentença *nasça acção* — Ord. III, 25 § 8.º — o que não é o mesmo que dizer que de toda sentença *nasce acção* (²).

Portanto, a regra é que a execução das sentenças se faz mediante a *carta de sentença*, de que se vai fallar no § 257, ou como dizem os praticos — officio *judicis*. A *actio judicati seu in factum* é apenas um obsoletismo romano, hoje geralmente substituido pela execução propriamente dita (³).

(¹) Caldas, *For.* I, Quest. 8.^a; Thomé Val., *Alleg.* 76; Moraes, *de Execut* II, 6 *per tot.*; Silva, ad Ord. III, 25, § 8.º; Ramalho, III, I, cap. 1 § 2.º

(²) Esta verdade está proficientemente explanada em Gomes, *Man. Prat.*, cap. XLI.

Aquella Ord. dá acção decendiaria ás escripturas publicas, e no § 8.º extende a dita acção a *qualquer divida, que se dever e demandar por virtude de alguma sentença, que passar em coisa julgada, quando se demandar por via de acção que NASÇA dessa sentença*. Daqui veio pretender o cit. Caldas que de toda sentença *nasce acção*.

— “Porem que Caldas se enganou, diz Gomes, e que os mais o foram seguindo sem exame, como ás vezes succede imitando as aves, pois quando uma vòa, as outras a seguem, *notat Rot. dec. 370 n. 15 e 16*”.

Eis resumidamente os argumentos de Gomes:

1.º) Por direito *commum*, só pode executar a sentença o Juiz que a proferiu, e não outro, salvo precatoria requisitoria (mesmo neste caso o juiz deprecado representa o deprecante) e ainda assim a execução se faz *officio judicis*.

2.º) Tendo a lei dado ás escripturas publicas o procedimento *summario*, que de direito *commum* é ordinario, não é verosimil que sua intenção fosse conceder á sentença o mesmo procedimento, quando por sua natureza tem o executivo.

3.º) A propria redacção da lei, pois si aquella fosse a sua mente teria dito: *Quando se demandar por via DA acção, que NASCE da sentença* — mas não: *Quando se demandar per via DE acção que NASÇA da sentença*. O subjunctivo *nasça*, que é condicional e fortuito, e o pronome *dessa*, que é relativo, estão evidentemente mostrando que só em caso especial cabe a acção *judicati*.

4.º) Nem pode haver impertinencia mais escusada. Para que ainda pedir por acção o que pode ser logo executado?

Conc. Corr. Telles, *Com. á L. da Boa Razão*, n. 32: “... porque por uma parte as execuções têm a forma de processo ordenada na Ord. L. 3.º tit. 86; e pela outra só *ex accidenti* poderá succeder, que de uma sentença nasça acção diversa daquella, que finalisou pela sentença mesma. V. gr.: si o Juiz da demarcação de dous predios, para melhor a fazer, adjudicasse a uma das partes um bocado de terreno da outra parte, e este bocado de terreno tivesse valor certo, da sentença nasceria acção de pedir este valor. Vej. o § 6.º *Inst. de off. judicis*.”

(3) No antigo direito romano tinha a *actio judicati* sua razão logica, que depois ali mesmo desapareceu.

Dentre as *legis actiones*, de que se fallou na not. 2.^a ao § 4.º, a *manus injectio* figurava como modo de execução. Corno esta suppõe um direito certo e liquido, e um direito so se dizia tal mediante a *confessio in jure* ou um *judicatum*, a *manus injectio* só cabia contra o *confessus* e o *judicatus*. O credor punha a mão sobre a pessoa do devedor, e si o conseguia apprehender e levar perante o magistrado —

in jure — proclamava, em termos solenes, o facto da apreensão e sua causa legal — sentença, confissão ou outra — e a somma exacta da divida a cobrar. Então, si o devedor, ou outrem por elle, não pagava, ficava o credor com o direito de o conduzir á propria casa e ahi o reter preso. Só depois se seguiam os outros actos executorios.

Mas depois que a *manus injectio* foi ainda alem dos casos do *confessus* e do *judicatus*, o direito se abrandou com a lei *Petelia* (anno 428), e a execução real foi pouco a pouco substituindo a aspereza da execução pessoal. Afinal o vencedor perdeu a *actio judicati* mediante a *manus injectio*, e ficou vigorando o processo que corresponde á moderna execução — Savigny, § CCXCV; Keller, § XIX &.

Já se vê que não mais se justifica o recurso á *actio judicati* dos romanos, para nella apoiar a pretensa regra de que ainda hoje podem as sentenças ser executadas indifferentemente por um ou outro daquelles modos referidos em Caldas.

E para que, fóra do caso do cit. § 8.º da Ord., se usará de nova acção? Si esta suppõe necessariamente direito litigioso, que mais se hade litigar depois de sentença passada em julgado? que mais nella se poderia conseguir, como observa o citado Gomes (n. 30), sinão o que já ficou resolvido na sentença exequenda?

§ 253

Momentos ou phases da execução. Razão de ordem

Sendo a execução um *systema*, deve logicamente comprehender certa *serie de actos* connexamente tendentes ao *ultimo fim* do processo, isto é, a completa satisfação do credor. Taes actos são: A) preliminares, e B) propriamente de execução, a saber:

- A) Actos de formação do juizo:
 - a) Titulo exequendo;
 - b) Citação do executado;
 - c) Sentença liquida.
- B) Actos propriamente de execução:

- a) Penhora;
- b) Avaliação;
- c) Editaes;
- d) Arrematação;
- e) Adjudicação.

Alem destes, outros actos incidentemente podem ocorrer; e são principaes:

- a) Embargos do executado;
- b) Embargos de terceiro;
- c) Concurso de preferencias.

De cada um delles nos occuparemos em artigos distinctos, mas só os perlustrando em suas linhas proeminentes, e no que concerne ao processo ordinario ⁽¹⁾.

(¹) Fôra rigor demasiado exigir que o professor, em um curso de sete mezes, complete o estudo de cada um dos numeros de que se compõe o *Programma do Curso do Processo civil*, addicionando-se-lhe ainda o dever de fazer, no mesmo prazo, um curso completo de *Processo Criminal*. Nem fôra rigor somente, sinão tambem, e ainda mais, prova de profunda ignorancia da materia.

ARTIGO I

Actos preliminares da execução

§ 254

Razão de ordem

Tres são as condições necessarias para o ingresso na execução:

- a) Que haja um titulo aparelhado;
- b) Que seja citado o executado;
- c) Que seja liquido ou se liquide o conteúdo na condenação.

Antes, porem, de passar ao estudo de cada uma destas condições, devemos ver quem é o juiz da execução e indicar quem pode e contra quem se pode mover a execução.

§ 255

Quem é o juiz da execução

Extendem-se os praxistas sobre saber quem é o juiz competente para a execução; e coisa curiosa é ver que não se accordam em ponto que devera ser insusceptível de controversia ou duvida. Felizmente, no estado actual da nossa legislação, em que já não cabe aquella fastidiosa polemica, podemos assentar toda a theoria na seguinte these: *E' competente para a execução o juiz da causa principal.*

Esta regra é geral, ainda que a sentença tenha sido rejulgada na instancia da appellação. O juiz que proferiu a sentença exequenda, appellada ou não, é o seu executor ⁽¹⁾.

Entretanto, si o executado, pendente a acção ou depois de julgada, mudou de domicilio, poderá o exequente preferir o fôro do novo domicilio ⁽²⁾.

Taes me parecem ser as unicas regras em vigor neste assumpto ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 490 § 1.º

Nem obste a Ord. Liv. 3.º tit. 86 pr., segundo a qual *pode qualquer juiz executar a sentença a requerimento do vencedor*; nem a forma usual das cartas de sentença, em cujo preambulo se roga *às justiças do paiz* que lhe dêem execução. — Vj. Ramalho, h. t. cap. II § 1.º nt. e).

⁽²⁾ Esta regra Ribas ainda a inseriu no art. 1235 da sua *Consolidação*, e achamol-a razoavel. O novo domicilio do executado não importa novo juizo para a execução, como se deprehe de da Ord. Liv. 3.º tit. 11 § 7.º; nem correcto foi Lobão quando, ao firmar no § 6.º das *Execuções* a re-

gra geral, acrescentou *sendo o condenado domiciliario no seu territorio, e tendo ahi bens exequiveis*; mas nada obsta que o exequente possa preferir o fôro do novo domicilio do executado.

Mas si este se oppuzer? Penso que deve ser attendido. *Invito beneficium non datur*.

(³) O citado art. 490 do Reg. n. 737 tem 2.º paragrapho, no qual considera como juiz competente para a execução o do logar em que estão situados os bens exequendos. A idéa não foi correctamente expendida. Esse tal não é propriamente *juiz da execução*, tanto que o mesmo § 2.º acrescenta: *precedendo carta precatoria executoria do juiz da causa principal*. O juiz do fôro *rei sitæ* é meramente deprecado do juiz executor, é seu representante, tanto que a respectiva competencia é limitada aos actos expressos no mesmo Regulamento; isto é, apenas se lhe deprecia que proceda á penhora, avaliação e arrematação dos bens — art. 500. Si embargos forem oppostos, serão remetidos ao juiz da causa para delles conhecer — art. 501.

Sem suspensão, diz ainda este art., o que se deve entender em termos, pois que em varios casos a propria natureza das coisas impõe a suspensão. V. g.: os embargos com que o executado venha á carta de arrematação não podem deixar de suspender a assignatura da mesma carta, pois não se hade immitir o arrematante na posse da coisa arrematada desde que ha embargos. Assim julgou a Rel. do Rio de Janeiro no acc. de 4 de Abril de 1893 (*O Direito*, LXVI, 228). Nem obsta, diz o referido accordam, que os embargos tenham sido recebidos em auto apartado.

O Reg. apenas tomou a pessoa do juiz pelo juizo mesmo; tanto que, no § 1.º, disse escusadamente, e portanto incorrectamente, que o juiz competente é o da causa principal ou *aquelle que o succeder*.

§ 256

A quem e contra quem compete a execução

A execução compete ao vencedor da causa; entretanto, como o direito de executar a parte vencida

é tão perfeito como qualquer outro direito allodial, passa aos seus herdeiros ou aos successores por qualquer titulo, universal ou singular ⁽¹⁾. Prescreve passados trinta annos ⁽²⁾.

A execução pode ser movida contra ⁽³⁾:

- 1.º a parte vencida ⁽⁴⁾;
- 2.º seus herdeiros ou successores universaes ⁽⁵⁾;
- 3.º o fiador ⁽⁶⁾;
- 4.º o chamado á auctoria ⁽⁷⁾;
- 5.º o successor singular, sendo a acção real ⁽⁸⁾;
- 6.º o comprador ou possuidor de bens hypothecados ⁽⁹⁾, segurados ⁽¹⁰⁾ ou alienados em fraude da execução ⁽¹¹⁾; e em geral contra todos os que recebem causa do vencido, como o comprador da herança ⁽¹²⁾;
- 7.º todos os que detêm os bens em nome do vencido, como o depositario, o rendeiro, o inquilino quanto a esses bens somente ⁽¹³⁾;
- 8.º o socio ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737, art. 491.

Diz-se successor singular porque a acção ou direito exequendo pode ser transferido por qualquer titulo dos que em direito são habeis para transferencia do dominio; v. g. por venda — fr. 6 *de hered. vel act. vend.* (XVIII, 4), doação — const. 2.^a *de donat.* (XXXIX, 5), legado — const. 18 *de legat.* (VI, 37), dote — const. 2.^a *de oblig. et action* (IV, 10), arrematação em hasta publica — L. 30 de Junho de 1774 § 17, dação *in solutum* — const. 6.^a *de oblig. et act.* — Vj. Souza Pinto, § 1777.

⁽²⁾ “*Exceptio prescriptionis etiam admittitur adversus exequutionem, quia post triginta annos sententia exequutioni non mandatur*” — Silva ad Ord. III, 87 § 1.º n. 27; Cardoso *in Prax.*, vb. *Excep.* n. 30.

⁽³⁾ Todos estes oito numeros estão expressos no art. 492 do Reg. n. 737 de 1850, e bem podiam, sem o perigo das *numerationes imperfectæ*, ser enfeixados em um só, *ibi*: a parte vencida ou todos que receberam delle causa ou a quem o julgado prejudica — Ramalho, loc. cit. § 2 do cap. II.

(⁴) Ord. III, 86 pr. e 87; fr. 4 § 3.º *de re jud.* (XLII, I) & &.

(⁵) Ord. III, 27 § 2, e 82 pr.

(⁶) Isto se deve entender do *fiador do juízo*, nos termos da Ord. Liv. 3.º tit. 92, quando se tratar de execução propriamente civil, ou as disposições do Reg. n. 737 têm indistincta applicação, em vista do Dec. n. 763 de 1890? Orlando, nt. 363, opina pela vigencia daquella Ord., parecendo, portanto, que o fiador civil so pode ser executado independentemente de acção quando *fia o executado em juízo, promettendo pagar por elle tudo o em que fosse condemnado*.

Esta opinião nos parece mais segura, pois que o Dec. n. 763 não teve sem duvida em vista crear direito material novo, sinão fazer applicar no juízo civil o processo commercial.

Em todo caso, o fiador goza do beneficio de ordem —cit. Ord.; Reg. n. 737, art. 591.

— Sendo o fiador executado, pode offerecer á penhora os bens do devedor, si os tiver desembargados, mas si contra elles apparecer embargo ou opposição, ou não forem suficientes, a execução correrá nos proprios bens do fiador até effectivo e real embolso do exequente (Cod. Com., art. 261) — cit. Reg., art. 496.

(⁷) Ord. III, 45 § 7.

(⁸) Ord. III, 86 § 16 e IV, 10 § 9.

(⁹) E' o direito de sequela em acção — Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 10 § 1.º.

(¹⁰) A razão é porque, mudando os effeitos segurados de proprietario durante o tempo do contracto, o seguro passa para o novo dono, independentemente de transferencia da apolice; salvo condição em contrario — Cod. Com., art. 676.

(¹¹) — Consideram-se alienados em fraude de execução os bens do executado:

§ 1.º Quando são litigiosos, ou sobre elles pende demanda;

§ 2.º Quando a alienação é feita depois da penhora, ou proximamente a ella;

§ 3.º Quando o possuidor dos bens tinha razão para saber que pendia demanda, e outros bens não tinha o executado por onde pudessem pagar — Reg. n. 737, art. 494.

Como corollario desta justa disposição, prescreve o ult. alin. do art. 686, que as nullidades dos contractos dependentes de rescisão pode ser opposta em defesa, sem de-

pendencia de acção directa rescisoria, pelo exequente na execução e pelos credores no concurso de preferencias, para impedirem o effeito de contractos simulados, fraudulentos e *celebrados em fraude da execução*.

⁽¹²⁾ Porque é havido como successor.

⁽¹³⁾ Pela obvia razão de que taes bens são da parte condemnada.

⁽¹⁴⁾ Cod. Com., arts. 497-499.

— Os bens particulares dos socios não podem ser executados por dividas da sociedade sinão depois de executados todos os bens sociaes (art. 350 Cod. Com.) — Reg. n. 737, art. 497.

— O credor particular de um socio só pode executar os fundos liquidos, que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo este outros bens desembargados, ou si, depois de executados os que tiver, não fôrem sufficientes para o pagamento (Cod. Com., art. 292) — cit. Reg., art. 498.

§ 257

a) Da carta de sentença

Chama-se *carta de sentença* o *titulo exequendo*, *extrahido do processo* ⁽¹⁾, e *revestido das solemnidades prescriptas na lei*.

Estas solemnidades estão entre nós prescriptas no art. 131 do Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, mandado observar pelo art. 3.º do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, que regulamentou a L. n. 3272 de 5 de Outubro de 1885, sobre o processo civil e commercial, a qual ainda é hoje o assento da materia.

— As sentenças que se extrahirem dos processos ordinarios, diz o cit. art. 131, deverão conter:

- 1.º A autuação.
- 2.º A petição inicial.
- 3.º A fé de citação.

- 4.º A conciliação.
- 5.º As procurações.
- 6.º O libello.
- 7.º Contrariedade.
- 8.º Replica e treplica.
- 9.º A sentença e os documentos em que ella se fundar ⁽²⁾.

— Havendo habilitação incidente, a carta deverá também conter: os artigos de habilitação e a sentença que os julgar, com os documentos em que se tiver fundado ⁽³⁾.

— Além daquellas peças, podem as partes ajuntar como documentos as certidões de quantas mais lhes convier ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Como no processo ordinario sobem os autos originaes á segunda instancia no caso de appellação, a carta de sentença é ali extrahida pelo respectivo escrivão e assignada pelo presidente do Tribunal e pelo relator do ultimo accordam. Entregue ao vencedor, este a faz apresentar ao juiz que proferiu a sentença appellada, para que a ponha em execução — cit. Dec. n. 5737, art. 68; Reg. n. 737, art. 489.

⁽²⁾ — Sendo estas sentenças embargadas, continua o art. 131, a sobresentença conterà os embargos, e a sentença do desprezo dos mesmos, com os documentos a que ella se referir, si forem diversos dos já transcriptos na sentença. E si tiverem sido recebidos, conterà mais a contestação.

⁽³⁾ Reg. n. 737, art. 487.

⁽⁴⁾ *id.*, art. 488.

§ 258

b) Citação para a execução

As regras compendiadas nos §§ 82 e 90 têm aqui inteira applicação. A execução não é mais do que o ultimo acto da acção: portanto, todos os que devem ser citados para esta também o devem ser para aquella.

E do mesmo modo porque, na acção, só a primeira citação é pessoal, só a primeira citação para a execução deve ser feita na pessoa do executado ⁽¹⁾.

Quando a execução versar sobre bens de raiz, posto que emane de acção pessoal, deve também ser citada a mulher do executado ⁽²⁾.

Quanto aos modos da citação, devem se observar as regras expostas nos §§ 85-89, bem como as concernentes á circumducção e revelia (§§ 92-95).

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 489 e 722.

⁽²⁾ Ord. II, 53 § 1.º; III, 76, 2 e 86 pr.

— A falta desta primeira citação induz nullidade — Reg. n. 737, art. 672 § 2.º comb. com art. 673 § 2.º E porque esta disposição se estende hoje ao processo civil (Dec. n. 763 de 1890), prejudicada ficou a controversia entre os reinícolas, da qual nos dá noticia Lobão, *Execuções*, § 409-413.

§ 259

Do Objecto da citação

A citação do executado pode ter por objecto:

- a) entrega de coisa certa;
- b) prestação positiva ou negativa de um facto;
- c) quantia certa de dinheiro.

Este ultimo é o objecto mais commum, tanto mais, que o das outras duas frequentemente se resolve nelle.

a) Entrega de coisa certa

Quando o reo fôr condemnado a entregar coisa certa será citado para fazer a entrega no prazo de dez dias, que correrão continuos em cartorio ⁽¹⁾. Findo este prazo sem o executado ter feito a entrega, se passará mandado ou carta para que o exequente seja judicialmente immittido na posse da

coisa demandada ⁽²⁾. Si a entrega não puder se realizar por ter perecido a coisa ou por não ter sido encontrada, fará o exequente liquidar no mesmo processo o valor della, bem como as perdas e danos provenientes da falta da entrega, e sobre a quantia liquidada correrá a execução nos termos do § 259 e segs. ⁽³⁾.

Si a falta da entrega provier de haver sido a coisa alienada depois de litigiosa, a sentença será executada contra o terceiro detentor, de cujo poder será tirada, sem que seja elle ouvido antes de a depositar ⁽⁴⁾. Entretanto, poderá o exequente preferir executar o condemnado pelo valor da coisa demandada, observando-se então o processo commum das execuções. A somma exequenda será a que já estiver estimada na sentença, ou, na falta desta estimação, a que fôr fixada pelo juramento *in litem* (§ 160) ⁽⁵⁾.

Si a execução comprehender, alem da entrega da coisa, o pagamento do interesse estimado na sentença ou que se liquidar, por ambos os pedidos correrá a execução consoante cada qual delles ⁽⁶⁾. Si o valor do interesse depender de liquidação, poderá a entrega da coisa ser desde logo executada, seguindo-se depois o processo da execução ⁽⁷⁾.

b) Prestação de facto

Nosso direito é de todo omisso neste ponto. As regras mais vulgarmente adoptadas pela jurisprudencia e pelos escriptores, nós as compendiámos nos arts. 868 a 873 do *Projecto do Cod. Proc. Civ. e Com. do Estado de S. Paulo*, aos quaes nada temos que accrescentar:

“— Quando a execução tiver por fim a prestação positiva de um facto, será o executado citado para

o prestar no prazo que estiver determinado, ou, em falta de previa determinação, naquelle que o juiz fixar.

Para a fixação deste prazo poderá o juiz determinar que se proceda a arbitramento.

— Si o executado não presta o facto, pode o exequente requerer a respectiva prestação por outrem a custa do executado.

— Neste caso, prestado o facto, fará o exequente arbitrar o valor delle, e julgado o arbitramento por sentença, pela respectiva importancia promoverá a sua execução como si tivesse por objecto originario quantia certa de dinheiro.

— Si o executado tiver sido condemnado a não praticar algum facto, será notificado para o não praticar, sob a pena que fôr determinada.

— Contravindo o executado á notificação, será a pena executada nos termos communs.

— Em tudo mais a execução se resolve na liquidação de perdas e damnos” (8).

c) Quantia certa de dinheiro

Quando a condemnação versar sobre quantia certa de dinheiro ou quando a obrigação constante das letras *a)* e *b)* tiver sido convertida em quantia certa de dinheiro, será o executado citado para pagar ou nomear bens á penhora nas vinte e quatro horas seguintes á citação (9), seguindo-se os termos da execução como abaixo se expõe.

(1) Reg. n. 737 de 1850, art. 571; Ord. III, 86, 15.

Silva Pereira, *Repert.*, tom. 2.º nt. b), refere a seguinte nota do Desemb. Oliveira:

“Não procede esta lei nas execuções de sentenças em *acção de força*, nas quaes se não devem assignar dez dias: mas logo deve o espoliador ser tirado da posse, e o appel-

lado ser restituído a ella pela sentença; porque nas quaes execuções, como nos processos principaes, não se guarda a ordem judicial, mas se manda fazer a restituição com toda a solemnidade (Ord. deste liv. tit. 48): nem esta Ord., que falla em acção real, ou pessoal, comprehende os interdictos possessorios (Harprect. *in pr. Inst. de interd.*); e sempre assim se pratica”.

(²) cit. Ord. Si o executado vier com embargos, o exequente dará fiança á coisa e ás perdas e damnos; si a coisa fôr de raiz, dará fiança somente aos fructos. Poderá tambem o exequente, em vez de dar fiança, requerer o sequestro da coisa, em poder de pessoa segura e abonada, e pôr em arrecadação os fructos, si se tratar de bens de raiz — *idem*, alin.

(³) Moraes, obr. cit. VI, 12 n. 86 — arg. da Ord. III, 82, I.

(⁴) Reg. n. 737, art. 572. (⁵) *id.*, art. 573.

(⁶) cit. Ord., § 16.

(⁷) Leite Velho, art. 299.

(⁸) O cit. Leite Velho, *Nota Geral*, á pag. 217, traz um bem feito apanhado deste assumpto. (⁹) Reg. n. 737 de 1850, art. 507.

§ 260

c) Liquidação do credito exequendo. Noções geraes

Somente as sentenças liquidas podem ser effectivamente executadas; pelo que, as que o não forem, devem ser liquidadas previamente.

Liquidação da sentença é, portanto, o acto pela qual se fixa o valor ou quantidade da condemnação, quando isso não estiver determinado na sentença (¹).

O Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 enumera, no art. 503, tres casos (²) em que a liquidação tem logar; a saber:

1.º) quando a sentença versa sobre fructos e coisas que consistem em peso, numero e medida, ou

2.º) sobre interesses, perdas e danos;

3.º) quando a acção é universal ou geral ⁽³⁾.

Da natureza e fim da liquidação resulta:

a) Que nella não se admite questão alguma que respeite á causa principal, nem extranha da mesma liquidação ⁽⁴⁾.

b) Que só deve versar sobre o que ficou explicito na conclusão ou dispositivo da sentença, devendo se ter como omissio quanto della não constar de modo expresso ⁽⁵⁾.

c) Que si a sentença comprehende parte liquida e parte illiquida, a execução daquella não depende da liquidação desta ⁽⁶⁾.

d) Que a falta de liquidação, nos casos em que se faz precisa, annulla todo o processado posterior ⁽⁷⁾. Entretanto, si o executado não oppôz a nullidade, e antes da arrematação se procedeu aos termos da liquidação, parece melhor doutrina que aquella se convalida ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ E' quasi litteralmente a definição de Pereira e Souza, § CCCCXL; mas dizemos *valor ou quantidade*, em vez de *somma ou quantidade*, porque esta locução pode designar tão somente *addição de parcellas de dinheiro* ou *numero de coisas contadas*, quando aliás a liquidação muitas vezes tem por objecto alguma coisa mais do que isso, como seja a determinação de qualidade, de genero, de especie, &. O vocabulo *valor* parece satisfazer aos varios designios da liquidação.

⁽²⁾ Mas é bem de vêr que taes casos estão ali exemplificativa mas não taxativamente; tanto mais, que aquelle art. 503 é reproducção fiel do § CCCCXLI de Pereira e Souza, que expunha meras theorias. E quantos mais casos referem outros escriptores! V. gr.: Lobão, § 69 e segs.

⁽³⁾ Ord. III, 66, 1, 3; 86, 1; Ass. 5 de Abril de 1770.

⁽⁴⁾ Lobão, § 79, *apud* Pegas de Maior. C 4 n. 18 e 25 e Silva *ad* Ord. III, 86, 2 n. 23 e 24. O réo só poderá

oppôr materia modificativa da mesma liquidação, como nos casos que Lobão ali figura.

(⁷) E a lição de Silva, *h. Ord.* § 2 n. 15 e 16:

“Enim sciendum est, liquidationem fieri debere de eo, quod in sententia expressum fuerit; et expressum tantum dicitur quod verbis exprimitur, vel certa significatione, non vero ex intellectu, et factis percipitur; et ideo quod est omissum à Judice in sententia, pro omisso habetur ... Quia liquidado est pars et sequela sententiæ; et idcirco debent liquidationis articuli formari juxta tenorem sententiæ”.

E a razão é porque, de outro modo teríamos execução de coisa não julgada.

Por outro lado é corrente, que no *expresso* se comprehende o que *virtualmente nelle se contem*. V. gr.: a) o condemnado na *restituição da coisa simplesmente* se subentende condemnado na dos *fructos*; b) na *reivindicatio* ou no *universal*, deve o condemnado restituir os bens que adquiriu da mesma herança depois da sentença e antes da execução; c) na condennação dos *fructos* deve os decorridos depois da sentença até final execução — Vj. Lobão, § 66, que figura ainda mais casos.

A regra é — que tudo quanto virtualmente se comprehende na sentença entra na liquidação.

(⁸) Ord. IV, 78, 4; Pereira e Souza, nt. 869; Acc. da Rel. de Ouro Preto, do 1.º de Março de 1889 (*O Direito*, L, 571).

(⁹) Silva *ad Ord.* cit., n. 18; Reg. n. 737 de 1850, art. 673 § 10.

“Menos (1.º) que se não trate da execução de formal de partilhas, porque não os entregando o cabeça de casal, fica liquidado o seu valor pela estimação feita no inventario, e por ella sem outra liquidação prosegue a execução, ou (2.º) que se não trate *de re parva*. Menos (3.º) que a sentença não mande liquidar alguma coisa por juramento do auctor”. Lobão, § 65.

(¹⁰) E assim opina Lobão, nt. a este §, com os DD. ali citados.

— Si o executado, no progresso da execução, oppõe a nullidade, é ella attendivel, e suspensivamente; si a não oppôz, e se procedeu á arrematação, esta é nulla — Lobão, loc. cit.

Processo da liquidação

Para a liquidação é de mister nova citação ⁽¹⁾ do executado, para vêr offerecer os respectivos artigos á primeira audiencia ⁽²⁾. E não precisa ser pessoal si já houve a citação inicial da execução ⁽³⁾.

Offerecidos os artigos, o executado os contestará no termo de cinco dias, findos os quaes se seguirá uma dilação de dez dias; e arrazoando depois e successivamente o liquidante e o liquidado no termo de cinco dias cada um, serão os artigos julgados afinal, devendo o juiz, *ex-officio* ou a requerimento das partes, proceder ás diligencias que forem neccessarias ⁽⁴⁾.

Proferida a sentença, de que só cabe agravo (§ 211 n. 12), proseguirá a execução, independentemente de nova citação pessoal, nos termos que se seguem ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Não porque a liquidação, como dizem alguns praxistas, seja *instancia nova* ou *novo juizo*, o que já anteriormente demonstrámos a respeito da execução, e, por consequencia, da liquidação; mas por ser incidente de summa relevancia, que pode pedir defesa do condemnado, e ser de consequencias decisivas para toda a execução — Pimenta Bueno *Form. do Proc. civ.*, n. 145.

⁽²⁾ Reg. n. 737, art. 504.

⁽³⁾ E assim se deve entender o art. 722 do cit. Reg.

⁽⁴⁾ cit. Reg., art. 505.

⁽⁵⁾ *id.*, art. 506.

ARTIGO II

Actos propriamente da execução

§ 262

a) Da Penhora. Definição

Penhora é o acto pelo qual são depositados tantos bens do executado quantos bastem para real segurança da execução ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Esta definição parece melhor do que a de Pereira e Souza: *Penhora é o acto judicial pelo qual em virtude do mandado do magistrado se tiram os bens do poder do condemnado, e se põem debaixo da guarda da justiça para segurança da execução* (§ CCCXCVII).

Não dizemos *acto judicial*, mas simplesmente *acto*, por estar aquella qualidade virtualmente contida na noção da penhora. Todo acto do processo é judicial.

Não dizemos *em virtude do mandado do magistrado*, porque nem sempre á penhora precede mandado, como quando é ella feita por nomeação do executado — Reg. n. 737, art. 509.

Não dizemos *se tiram os bens do poder do condemnado*, porque nem sempre isso se faz, como quando recai sobre elle mesmo a nomeação de depositario — o que até muitas vezes acontece, maximé quando os bens são immoveis.

Dizemos *são depositados*, porque assim ficam comprehendidos os dous casos: o de deposito em poder de terceiro, e então a tirada dos bens é real e effectiva, e o do deposito que é feito em mãos do proprio executado.

Dizemos finalmente *tantos bens do executado quantos bastem para real segurança da execução*, não só porque os bens devem ser do proprio executado, não bastando que estejam em seu poder, pois si não forem d'elle será a penhora levantada por via dos embargos de terceiro, como porque fica assim patente da definição um dos principaes requisitos da penhora, que é não dever ser excessiva.

§ 263

Nomeação de bens á penhora

Dentro nas vinte e quatro horas de que se fallou no final do § 258, si o executado nao paga a quantia constante da citação, pode usar do direito de nomear bens sobre que deva recair a penhora (¹).

No *Projecto do Codigo do Processo civil e com. do Estado de São Paulo* (art. 792-799) ficaram assim compendiadas as disposições do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 e as melhores licções dos praticos e da legislação estrangeira a este respeito:

“— Os bens que o executado nomear devem ser:

a) livres de quaesquer onus, salvo si estes constituirem accessorio do credito exequendo,

b) alienaveis, e

c) sufficientes para pagamento da execução e custas.

— A nomeação deve ser feita na seguinte ordem:

1.º Dinheiro, ouro, prata e pedras preciosas;

2.º Titulos de divida publica, e quaesquer papeis de credito do Governo do Estado ou da União;

3.º Lettras hypothecarias ou outros titulos emittidos com garantia do Governo (Dec. n. 169 A de 1890. art. 17);

4.º Moveis;

5.º Semoventes;

6.º Immoveis situados no fôro da execução;

7.º Immoveis situados em outro lugar;

8.º Acções liquidas exigiveis;

9.º Direitos e acções illiquidas.

— Quando haja bens especialmente consignados ao pagamento da divida exequenda esses taes preferirão a outros quaesquer.

— Devem ser nomeados tantos bens quantos bastem para pagamento da execução, juros accrescidos e custas, de modo que na insufficiencia dos de uma classe se passará aos da seguinte.

— A nomeação feita com inversão da ordem acima estabelecida poderá ser emendada, a requerimento do exequente, enquanto por qualquer acto não consentir nella.

— Feita a nomeação, pode o exequente requerer que no termo de vinte e quatro horas, que o juiz poderá prorogar razoavelmente, o executado exhiba os títulos de domínio ou prova de estarem os bens livres de quaesquer onus.

— Tomada a nomeação por termo nos autos, consideram-se desde logo os bens como penhorados, e serão, independentemente de penhora com real apprehensão, depositados, seguindo-se os termos ulteriores da execução.

— Si o executado não usar do direito de fazer a nomeação, ou a fizer contra a lei ou insufficiente, devolve-se tal direito ao exequente, sem que fique elle obrigado a observar a ordem acima estabelecida.—”⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Vj. Reg. n. 737, art. 507-509; Ramalho, h. t. § 2.º; Paula Baptista, § 196; Cod. Proc. civ. port., arts. 811-814.

§ 264

Mandado de penhora e sua execução

Não tendo havido nomeação de bens, se passará mandado de penhora, que será entregue aos officiaes de justiça para que procedam á penhora em tantos bens do executado quantos provavelmente bastem para solução da divida, juros e custas.

Devem os officiaes observar a mesma ordem que ao executado incumbe guardar na nomeação, não passando de uma para outra classe de bens sinão quando razoavelmente necessario. Entre bens da mesma classe preferirão aquelles que pareçam menos falta fazer ao executado, ou de melhor e mais facil venda forem.

Pode se fazer a penhora em qualquer logar onde se acharem os bens do executado, ainda mesmo em repartição publica, precedendo rogatoria ao referido chefe.

Estando fechadas as portas da casa onde houver bens penhoraveis, se expedirá mandado para o abrimento judicial, que os officiaes executarão abrindo ou arrombando as portas, gavetas, armarios ou moveis em que razoavelmente se presuma estarem os objectos penhoraveis ⁽¹⁾.

Pode a penhora recair em dinheiro existente em mão de terceiro; mas para que assim se faça, preciso é que este o confesse no acto da penhora. Si o confessar e assignar o respectivo auto, será havido como depositario, a cuja responsabilidade, fica sujeito, si dentro em tres dias, que lhe serão assignados, o não entregar ou depositar ⁽²⁾.

A penhora deve ser reduzida a auto, que conterà:

1.º A descripção dos bens penhorados, feita com as individuações necessarias para verificação da identidade delles.

2.º Relatorio dos factos extraordinarios que occorrerem no acto da execução do mandado.

3.º Entrega real dos bens ao competente depositario, que assignará o mesmo auto, ou, quando o não souber ou não puder, assignarão por elle duas testemunhas, com os officiaes da diligencia ⁽³⁾.

(¹) Deste procedimento se fará menção no auto de penhora, que deverá ser assignado pelas testemunhas — Reg. n. 737, art. 516.

— No caso de resistencia, ou quando esta fôr de receiar, lavrado o respectivo auto no primeiro caso, e sob juramento da parte, ou precedendo inquerito verbal, e em segredo no segundo caso, o juiz requisitará á auctoridade competente a força necessaria para auxiliar aos officiaes de justiça na penhora e prisão do resistente, si tiver havido ou houver resistencia.

O resistente, com o auto respectivo e rol de testemunhas, será remetido á auctoridade competente — Reg. n. 737, art. 517.

(²) — *id.*, arts. 521 e 522.

E' indispensavel, para que o devedor do executado incorra na responsabilidade de depositario judicial: 1.º) que confesse a divida, e 2.º) que assigne o auto de deposito. Si nega a divida, ou si confessa, mas recusa assignar o auto, devem os officiaes se limitar a fazer penhora no direito e acção do credor daquelle devedor. Vj. Lobão, § 110 e Pereira e Souza, nts. 779 e 824. E a razão é porque, sem auto assignado, não ha deposito feito — Reg. n. 737, arts. 527 e 270, e Cod. Com. art. 281 combinados.

(³) cit. *Projecto*, art. 812; Ord. I, 24, 21 ; Silva *ad* Ord. III, 86 § 8.º n. 12.

§ 265

Dos bens impenhoraveis e dos que só relativamente podem ser penhorados

Já se disse, e é regra geral de direito, que todo aquelle que se obriga, obriga tambem todos os seus bens, moveis e immoveis, presentes e futuros (¹).

Entretanto, consequencias logicas de outros principios de direito positivo e razões da mais pura equidade, que, na phrase de D'Aguanno, é uma das formulas do interesse geral, trouxeram a esta regra, quando applicavel á execução forçada, as excepções e limitações, que passamos a expôr.

Não podem absolutamente ser penhorados:

- 1.º Os bens inalienáveis ⁽²⁾;
- 2.º As pensões, monte-pios e rendas, que trouxerem a clausula de irresponsabilidade;
- 3.º Os vencimentos dos empregados publicos;
- 4.º Os soldos e vencimentos dos militares;
- 5.º Os salarios de qualquer especie;
- 6.º Os livros necessarios ao exercicio de qualquer profissão liberal;
- 7.º Os equipamentos dos militares;
- 8.º Os utensilios e ferramentas dos officiaes mecanicos, que forem indispensaveis ao exercicio ordinario do respectivo officio;
- 9.º Os materiaes necessarios à qualquer obra em andamento;
- 10.º Os tumulos;
- 11.º Os objectos indispensaveis para cama e vestuario do executadoe sua familia;
- 12.º As provisões de comida que se encontrarem na casa do executado ⁽³⁾.

Somente na falta de outros bens podem ser penhorados:

- 1.º Os fructos e rendimentos dos bens inalienáveis;
- 2.º O vestuario que os empregados usam no exercicio das suas funcções;
- 3.º Os livros não comprehendidos na classe acima indicada ⁽⁴⁾;
- 4.º As machinas e instrumentos destinados ao ensino, pratica ou exercicio das artes liberaes e das sciencias ⁽⁵⁾;
- 5.º As letras hypothecarias ⁽⁶⁾;
- 6.º As sementes, animaes, e instrumentos dos lavradores, destinados á agricultura ⁽⁷⁾.

Somente dadas certas circumstancias poderão ser penhorados:

1.º Os bens particulares dos socios por dividas da sociedade, só depois de executados todos os bens sociaes ⁽⁸⁾;

2.º Os fundos liquidos que o executado possuir na companhia ou sociedade a que pertencer, só depois de executados os demais bens que elle possuir desembargados ⁽⁹⁾;

3.º As machinas, utensilios e animaes dos estabelecimentos agricolas, só quando penhorados juntamente com os mesmos estabelecimentos ⁽¹⁰⁾;

4.º Os navios, guardadas as disposições dos arts. 479 e segs. do Cod. Comm. ⁽¹¹⁾,

5.º As apolices da divida publica, nos casos do art. 9 do Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 ⁽¹²⁾.

Escusado é dizer que estas excepções e limitações podem ser renunciadas pelo executado ⁽¹³⁾.

⁽¹⁾ A regra do art. 2092 Cod. Nap., já invocada, se completa com a do art. subsequente: *Les biens du débiteur sont le gage comntun de ses créanciers*.

⁽²⁾ A penhora vai ter á arrematação; esta é verdadeira alienação — é a alienação judicial; logo, não podendo taes bens ser arrematados, não podem ser penhorados. V. gr.: os bens das Camaras Municipaes e os das Ordens religiosas, diz o art. 7 do Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886.

Mas valerá ainda hoje esta regra como disposição geral? Quem o poderá dizer com precisão irrefutavel, nas trevas do chãos legislativo, em que ora nos acotovelamos?

Quanto aos bens municipaes, assim dispõe o art. 86 da L. paulista n. 16 de 13 de Novembro de 1891: Os bens municipaes não são sujeitos á execução por dividas do municipio; havendo condemnação judiciaria, poderão ser embargados para pagamento e penhoradas as rendas que estiverem votadas em orçamento e quaesquer prestações que tenham de ser pagas aos cofres do municipio.

Outr'ora gozavam de favores maiores os credores dos *Conselhos*: si o cofre municipal estava á mingoa, lá recaia a penhora nos *miseraveis e rusticos vereadores*, na phrase de Lobão. *Oh! injustiça!* exclama o celebre rabula — obr. cit. § 124 not.

Quanto aos bens das ordens religiosas, penso que hoje, em vista do art. 72 § 3.º da Const. Federal, que equiparou taes ordens nas relações do direito dos bens a qualquer outra especie das associações que são regidas pelo direito *commum*, bem podem ser penhorados em execução de sentença judiciaria.

Tambem penso, por mais que isso peze ao sentimento religioso, que abolida ficou, em vista da Const. Federal, a disposição do art. 530 § 1.º do Reg. n. 737, que sujeitava á penhora as sagradas imagens e ornamentos de altar, que fossem de grande valor, somente quando houvesse falta absoluta de outros bens. A Lei portugueza de 22 de Fevereiro de 1779, que assim dispunha, e mais que taes bens, quando pudessem ser penhorados, e, portanto, arrematados, não fossem á praça, mas vendidos mediante proposta, disposição entre nós recommendada pelo Av. n. 279 de 1874, *apud* Orlando, not 401, já não tem assento legal.

(³) Vj. Reg. n. 737, art. 529; Paula Baptista, § 199; cit. *Projecto*, art. 802 etc. etc.

(⁴) O Reg. n. 737, arts. 529 e 530 § 3.º, não faz esta distincção; entretanto, a theoria sobre que assentámos os arts. 802 § 6.º e 803 § 3.º do *Projecto*, não pode razoavelmente ser impugnada, pois tem por si a lição dos classicos e se apoia em argumento logico invencivel — Silva *ad Ord.* III, 86 §§ 23 n. 11, 13, 14 e 24; Moraes, VI, VIII n. 44; Cod. Proc. civ. port., art. 815 n. 3 e 816 n. 1. Pois si o nosso Reg. isenta absolutamente da penhora os utensilios e ferramentas dos officiaes mechanicos e os materiaes necessarios para as obras, porque não havemos de o interpretar no sentido exposto ? Os livros dos juizes, professores, advogados e estudantes, que o § 3.º deste art. 530 sujeita á penhora em falta de outros bens, não são os absolutamente indispensaveis ao exercicio das respectivas profissões, mas os excessivos. Não se podem penhorar os *bois de arado*, que tiverem os lavradores, e lhes forem necessarios para lavrarem as terras — como diz a Ord. Liv. 3.º tit. 86 § 24 — indubitavelmente comprehendida nos §§ 6.º e 7.º do nosso art. 529, mas poderão estar sujeitos á execução aquelles livros, que são os nossos instrumentos, os arados com cujo auxilio abrimos os caminhos da sciencia, só porque expressamente os não exceptuou o Reg. Commercial? Porque não teremos este caso como omisso, e não lhe applicare-

mos, por força do art. 743, aquelle mesmo § 24 da Ord., que expressamente os subtrahia da penhora, e de modo absoluto, *ibi: posto que outros bens não haja?*

(⁵) Quer dizer: simplesmente *destinados*, porque os *absolutamente necessarios* devem estar comprehendidos entre os bens impenhoraveis.

Vj. Reg. n. 737, art. 530.

(⁶) Dec. n. 169 A de 1890, art. 17.

(⁷) Vj. Paula Baptista § 200 n. 6 e nota.

(⁸) Reg. n. 737, art. 531 § 1.º comb. com art. 350 Cod. Com.

(⁹) cit. Reg., art. 530 § 6.º comb. com o art. 292 Cod. Com.

(¹⁰) cit. Reg., art. 531 § 2.º; L. 20 Agosto 1833.

(¹¹) *id.*, § 3.º

(¹²) Pela lei de 15 de Novembro de 1827, art. 36, e doutrina dos Avs. n. 112 de 14 de Setembro de 1848 e n. 206 de 17 de Agosto de 1859, não podiam as apolices da divida publica ser penhoradas, salvo si nisso convinham os respectivos possuidores; e assim se viu julgado n' *O Direito*, vol. 18 pag. 330.

Nunca se nos afigurou razoavel semelhante privilegio, grosseiramente aberrativo dos principios geraes do direito. Felizmente o Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, aliás fôra da Lei n. 3272 de 5 de Outubro de 1885, que veio regulamentar, assim dispõe no art. 9.º:

— As apolices da divida publica podem ser penhoradas:

1.º Por expressa nomeação dos respectivos possuidores;

2.º Quando, caucionadas, faltarem os possuidores á clausula da caução;

3.º Quando dadas em garantia do Estado par fiança de exactores e responsaveis da Fazenda publica (L. 15 Novembro 1827, art. 36 e Dec. n. 5454 de 5 Novembro 1873, art. 23).

§ un. Não gozam do favor deste artigo (parece que se queria dizer — Não gozam do favor da inalienabilidade...) as apolices adquiridas em fraude dos credores.—

Não é ainda muito, mas já é alguma coisa de conquistado pelo supremo sentimento da justiça.

De resto, essa *alguma coisa* quasi nada é, porquanto: a 1.^a excepção já se continha na L. de 1827, e é corollario logico do brocardo de direito — *invito beneficium non datur*; a 2.^a, tambem implicita contem aquella nomeação: a caução

é a penhora latente ou virtual; e a 3.^a igualmente, pois a fiança é uma especie de caução.

(¹³) E' daquelle brocardo já invocado — *invito beneficium non datur* — cit. *Projecto*, art. 805.

§ 266

Do deposito dos bens penhorados

Lavrado o auto de que se fallou no § 264, passam os officiaes de justiça a fazer o deposito dos bens penhorados, pela maneira seguinte:

1.º No deposito publico:

a) os bens consistentes em dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas e papeis de credito;

b) os moveis que forem de facil deslocação e transporte e não houver depositario particular de confiança, que queira acceitar a nomeação;

2.º Em deposito particular, os de raiz, os semoventes e os moveis de difficil conducção ou de guarda dispendiosa e arriscada (¹).

Si não houver terceira pessoa que acceite a nomeação, poderá o deposito ser feito em mão do mesmo executado, convindo o exequente, ou em poder deste ou de possoa por elle indicada, convindo aquelle (²).

Assignado o auto de deposito, fica o depositario investido em todos os poderes e faculdades de administrador, incumbindo-lhe especialmente, sob pena de responsabilidade pelo crime de falta de exacção no cumprimento de um dever publico:

1.º Receber os fructos e rendas que os bens produzirem;

2.º Fazer nestes os reparos e concertos necessarios para a conservação delles;

3.º Alugar aquelles que puderem ser alugados;

4.º Requisitar do juiz a venda dos que forem de facil deterioração;

5.º Praticar os actos necessarios para conservação de direitos sobre os titulos depositados ⁽³⁾.

E' obrigado a entregar os objectos depositados logo que para isso seja intimado; si o não fizer, ficará sujeito á acção de deposito, na forma do cap. II tit. IV Part. 1.ª do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 ⁽⁴⁾.

(1) Assim se tem praticado o art. 526 do Reg. n. 737 de 1850.

(2) Tal é o compendio das licções mais correntes, e que consignámos no art. 817 do cit. *Projecto*.

(3) Vj. o art. 818 do dito *Projecto*, em que assim se condensaram varias disposições legaes e a licção da jurisprudencia.

(4) Ainda estará em vigor o art. 275, que auctorisa a prisão do depositario remisso ?

Ao que dissemos na not. 7.ª ao § 211 vem agora se juntar o accordam do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, de 17 de Dezembro de 1900 (*Rev. de Jurispr.* n. XLI pag. 272), que decidindo não ser mais admissivel, na acção de deposito convencional do Reg. de 1850, a prisão do depositario remisso, *ex vi* das disposições combinadas dos arts. 410 e 331 § 2.º Cod. Pen., talvez não julgasse conforme os rigorosos preceitos da hermeneutica juridica, como fez vêr o voto vencido, mas decididamente se acostou ao sentimento juridico moderno.

E que razão haverá para o contrario se decidir no deposito judicial?

§ 267

Da segunda penhora

Somente se procederá a nova penhora:

a) Si os bens penhorados forem manifestamente insufficientes

(1) ou se mostrar que seu valor excede do dobro da divida exequenda e o executado possui outros de valor bastante (2);

b) Si forem litigiosos ou não estiverem livres e desembargados ⁽³⁾;

c) Si sobre elles forem recebidos embargos de terceiro ⁽⁴⁾;

d) Si o producto da excussão não bastou para extinguir de todo a dívida ⁽⁵⁾.

A segunda penhora se fará sem dependencia de nova citação quando o executado occultou ou negou bens á penhora, ou quando os nomeou manifestamente insufficientes ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Esta regra, que consignámos no art. 814, 2.º, do citado *Projecto*, por si mesma se justifica. Si a penhora deve recair em tantos bens quantos bastem para inteiro cumprimento da condenação — Ord. III, 86, 8 e 10; Moraes, VI, II, 37 — logico é que se proceda a nova penhora si, ou pela avaliação ou pela simples apparencia dos bens penhorados, desde logo fôr manifesta a sua insufficiencia.

⁽²⁾ Corollario da mesma regra. Nem faltam meios de fazer certo aquelle excesso, sem sujeitar o executado á prova da arrematação, em geral irreparavel, como desacertadamente entendeu a Relação do Rio no accordam inserido na *Rev. Juridica* de 1866, pag. 166.

⁽³⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 519. Si se mostrar que os bens são litigiosos ou estão onerados, como poderá sobre elles proseguir a execução ?

⁽⁴⁾ É disposição expressa da Ord. L. 3.º tit. 86 § 17 *in fine*, que só não está em vigor na parte em que sujeitava á prisão o executado si em tal caso não dêsse outros bens livres e desembargados — Vj. Moraes, VI, IX, 92 e 93.

⁽⁵⁾ cit. Ord. § 14; Ribas, *Consol.*, art. 1273 § 1.º

⁽⁶⁾ cit. § 14.

§ 268

b) Da avaliação. Idéa geral

Julgada definitivamente a penhora, segue-se a avaliação dos bens penhorados, ou *sua estimação em preço corrente*.

Esta estimação, ou fixação do valor em dinheiro, é representada pelo preço *commum*, o que quer dizer, pelo que a coisa vale na *geral e commum opi nião*, e funda-se na lei geral do valor: *Os bens devem valer mais ou menos segundo maior ou menor fôr a sua procura e menor ou maior a offerta ou abundancia delles* ⁽¹⁾.

A esta formula, universal e constante, apenas se deve acrescentar a seguinte idéa, que completa a noção economica do valor: que a geral e *commum* estimação, productora do justo preço, entende-se daquella em que a coisa é tida *no logar do implemento da obrigação e no momento em que esta tem de ser prestada* ⁽²⁾. *All value is purely local*, diz Macleod ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Na sua *Critica da Razão pura*, p. 3, disse Kant que *l'expérience nous enseigue que quelque chose est constitué de telle ou telle façon, mais non qu'il ne puisse être autrement*. O illustre solitario de Kœnisberg não se lembrava da lei economica do valor, que só é aquella mesma, e absolutamente não podia ser outra.

Nem foram os modernos economistas que a formularam. Já Portalis, em 1800, dizia que *le juste prix est le prix commun, celui que la chose a dans l'opinion commune*; e acrescentava — que la situation et les besoins de tous les vendeurs et de tous les acheteurs diffèrent peu, si l'on considère les choses et les hommes dans le même temps, dans le même lieu et dans les mêmes circonstances; or, c'est de cette conformité de situation et de besoins que se forme, par l'opinion publique, une sorte de prix commun ou courant, qui donne aux choses une valeur à peu près certaine tant que les mêmes circonstances subsistent. Voilà le juste prix — Laurent, *Princ. de Dr. civ.*, XXIV p. 428.

Quaes sejam essas circunstancias, já o famoso rabula de Lobão dizia em 1804 (*Tr. das avaliações*, § 1.º), e tão verdadeiramente, que nada lhe adiantaram com as suas definições muitos dos modernos economistas, como Yves Guyot ou Macleod: "... se a abundancia cresce diminue a necessidade, e na mesma proporção diminue á estimação ou o

preço; pelo contrario, augmenta o preço quando diminue a abundancia das cousas, porque augmenta a sua necessidade; vice-versa, onde cresce o numero dos consumidores ou concorrentes se augmenta o uso das cousas, ou a sua falta, e por consequencia o seu preço; mas si o numero dos concorrentes ou o uso das cousas diminuir, diminue em igual proporção a necessidade e o preço, d'onde se segue que o preço das cousas ou das obras está sempre na razão composta directa do seu uso, e reciproca na abundancia das cousas uteis”.

Que outros elementos entraram na definição de Yves Guyot (*La science écon.*, pag. 66): o valor é *le rapport de l'utilité possedée par un individu au besoin d'un autre individu ?* ou na de Macleod, (*Elem. of Pol. Econ.* pag. 100): *Price varies directly as the intensity of the service rendered, and inversely as the power of the buyer over the seller?* ou mais syntheticamente (pag. III): *The universal law in Political Economy is, that THE RELATION BETWEEN DEMAND AND SUPPLY is the sole regulator of value?*

(²) Sem perder de vista esta lei geral dos preços, devem entretanto os avaliadores attender a multiplas e varias circunstancias, que podem particularmente influir na determinação do valor desta ou daquella especie de bens. Taes circunstancias já ficaram indicadas na pag. 345 do 2.º vol., com a transcrição do art. 232 do nosso citado *Projecto*, onde, baseadas na licção dos praticos e nas leis e alvarás citados em Ramalho, h. t. § 3.º, firmámos as regras a observar no assumpto.

(³) obr. cit. pag. 54.

§ 269

Dos avaliadores ou louvados

São as *personas nomeadas pelo juiz, ou escolhidas pelas partes e pelo juiz approvadas, para avaliarem certas coisas de que têm conhecimento technico ou pratico em razão do officio, arte ou profissão.*

O Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, arts. 14 — 17, modificando o art. 533 do Reg. n. 737 de

25 de Novembro de 1850, que dava competencia aos Tribunaes de Commercio para annualmente nomearem avaliadores, dispôz que para a avaliação dos bens penhorados servirão os que forem nomeados pelas Juntas Commerciaes, onde as houver. Em cada uma das especialidades para que houverem sido nomeados, e em cada juizo, servirão por distribuição. Somente no caso de falta, impedimento ou suspeição de todos os avaliadores nomeados em cada uma das artes ou officios, a que respeitarem os bens penhorados, terá logar a louvação das partes, ou a do juizo á revelia dellas ⁽¹⁾.

Fóra das comarcas da séde das Juntas, serão os avaliadores nomeados pelas Inspectorias Commerciaes, e onde as não houver, pelos juizes do Commercio ⁽²⁾.

Onde não houver Juntas, ou não fôr de estylo a nomeação de avaliadores effectivos, a louvação delles pelas partes se fará nos termos dos arts. 192 — 299 do cit. Reg. n. 737 de 1850, já compendiados na pag. 341 do 2.º vol., a proposito da louvação dos peritos para a prova de vistoria.

Quanto ao processo da avaliação, é tambem o mesmo ali exposto para aquella diligencia e para o arbitramento.

⁽¹⁾ Eram disposições do Dec. n. 1056 de 23 de Outubro de 1852, arts. 3—5.

⁽²⁾ id., art. 14.

§ 270

Da segunda avaliação

A regra é, que a avaliação não se repete; todavia, nos dous seguintes casos manda a lei que se proceda a nova avaliação:

1.º Provando-se que na primeira houve dolo ou ignorancia dos avaliadores;

2.º Si, entre o tempo da avaliação e o da arrematação, se descobrir algum onus ou defeito da coisa avaliada, até então ignorado ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 536; Ord. III, 78 § 2.º, IV, 8 § 3.º; Alv. de 14 de Outubro de 1773.

Ramalho, h. t. § 2.º, pretende, sem citar auctoridade alguma, que tem lugar segunda avaliação quando os bens avaliados não acham lançador em praça. Entretanto, nos parece insustentável semelhante proposição, mesmo ao tempo em que a escreveu o eminente mestre, isto é, antes da Lei de 1885, que absoluta e terminantemente impede que assim se proceda. Mesmo naquelle tempo, era a adjudicação forçada impedimento fatal.

Mas hoje nem mais se discute a negativa, como se verá adiante.

§ 271

c) Dos editaes de praça

Avaliados os bens, segue-se a publicação e affixação dos *editaes de praça*, que são *o instrumento em que, por ordem do juiz, se faz publico o dia, logar e hora da arrematação dos bens penhorado, com especificação delles e do preço da respectiva avaliação*.

Estas tres enunciações — dia da praça, preço da avaliação e descripção dos bens, e suas confrontações, si forem de raiz — são essenciaes, e a falta da publicação dos editaes na imprensa e sua affixação nas portas da casa das audiencias importa nullidade insanavel ⁽¹⁾.

Entre a affixação dos editaes e a arrematação devem mediar dez dias, si os bens forem moveis, e vinte, si forem de raiz, independentemente de pregões ⁽²⁾. Entretanto, convindo as partes, e havendo especial outorga da mulher em bens de raiz, podem estes prazos ser dispensados ⁽³⁾.

Em se tratando de arrematação de navios, serão publicados, além do edital, tres annuncios, com intervallo de oito dias, nos jornaes do logar, que habitualmente publicarem annuncios; não os havendo, nos do logar mais visinho ⁽⁴⁾.

Quando a penhora tiver recaído em dinheiro, se affixarão editaes chamando os credores incertos do executado para virem ao concurso de preferencias, de que trata o § 287 ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 538, 539; 673 § 12 e 672 § 2.º comb.

⁽²⁾ cit. Reg., art. 540. Com a applicação, ao processo civil, do dito Reg. n. 737, acabou-se de todo a formalidade dos pregões, que em verdade nenhum proveito traziam á execução.

⁽³⁾ cit. Reg. art. 541.

⁽⁴⁾ *id.*, art. 542.

⁽⁵⁾ *id.*, art. 547.

§ 272

d) Da arrematação. Definição

Arrematação é a venda judicial dos bens penhorados, feita em hasta publica a quem maior preço offerecer ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Não dizemos é a *assignação*, como fez Pereira e Souza, § CCCCXXV, reproduzido em todos os praticos que definiram a arrematação, v. g.: Nazareth, § 721, Ramalho, h. t. § 1.º, não só porque o vocabulo assignação tem em processo significação differente: é o acto de aprazar alguma acção ou acto — assim se diz a *assignação de dez dias* — *assignar* a dilação probatoria — *assignação* dos seis dias para embargos á penhora &. &. — como porque absolutamente não traduz a idéa juridica fundamental da arrematação, qual é a de importar verdadeira venda, com todos os effeitos deste contracto, e não obstante varios traços differenciaes — Ribas, *Consol.* art. 1313; C. da Rocha, § 827 &.

Das solemnidades essenciaes da arrematação

Deve a arrematação ser feita:

- 1.º Impreterivelmente no dia e logar annunciados⁽¹⁾;
- 2.º Publicamente, presentes o juiz, escrivão e porteiro;
- 3.º Expostos os objectos arrematados, ou as amostras, sendo possível ⁽²⁾;
- 4.º Por pregões dados pelo porteiro, á medida que receber os lanços que os licitantes forem fazendo ⁽³⁾;
- 5.º Entregue a quem maior lanço offerecer sobre o preço da avaliação ou independentemente deste preço, segundo os termos em que estiver a execução, a saber;
 - a) sobre o preço da avaliação em primeira praça;
 - b) sobre este preço com o abatimento de dez por cento em segunda praça;
 - c) sobre o ultimo preço com o abatimento tambem de dez por cento, em terceira praça, guardado o intervallo de oito dias entre uma e outra praça;
 - d) pelo maior preço que fôr offerecido, si então não houver lançador na forma da letr. c) ⁽⁴⁾;
- 6.º Com dinheiro a vista ou fiança por tres dias ⁽⁵⁾;
- 7.º Lavrado o auto de arrematação e assignado elle pelo juiz, porteiro e arrematante e seus fiadores, quando os houver ⁽⁶⁾, a arrematação se consumma com a
- 8.º Expedição da respectiva carta ⁽⁷⁾ e immissão do arrematante na posse do objecto arrematado ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Si houver justo impedimento, poderá a arrematação ficar transferida para outro dia, o que se fará constar por novo edital, que basta ser affixado na porta da casa das

audiências. — Nazareth, § 723; Castro Netto, not. ao § un. do art. 603 da *Nov. Ref. Jud.* port.

O lugar em que se deve abrir a praça é a casa das audiências ordinárias do juízo da execução; todavia circumstâncias haverá que determinem a conveniência de se fazer alhures, e o juiz bem o pode ordenar.

Também nos domingos e dias sanctificados, mesmo ao tempo em que havia religião official, era licito fazer arrematações — Ord. III, 86 § 25 — lei que, *apud* Lobão, não foi revogada pela L. de 20 de Junho de 1774, nem encontra opposição formal no nosso Reg. n. 737 de 1850, principalmente depois da separação da Igreja do Estado. — *Et diebus dominicis dari, si maior iis populis frequentia habentur* — Mello Freire, IV, XXII, XI — tal é a razão da lei: “não contando os domingos nem os dias sanctos, que a Igreja manda guardar, porque nestes dias não dará pregação: salvo, si fôr no dia, em que houver de fazer a arrematação nos logares, onde aos domingos e dias sanctos se costumam fazer as arrematações, *por então se ajuntar nelles mais gente*”.

(²) Reg. n. 737 de 1850, art. 548, sobre Nazareth, loc. cit.

(³) Ord. III, 86; Alv. de 22 de Fevereiro de 1766, declarando os §§ 21-23 da L. 20 de Junho de 1774.

(⁴) Reg. n. 9549 de 1886, art. 24.

Quando houver mais de um licitante, será preferido aquelle que se propuzer a arrematar englobadamente todos os bens levados á praça, comtanto que offereça na primeira preço pelo menos igual ao da avaliação, e nas outras duas ao maior lanço offerecido — cit. Reg., art. 23.

Dizemos no texto — *sobre o preço da avaliação*, reproduzindo leis e escriptores; mas está entendido que em qualquer das praças deve a arrematação ser feita a quem offerecer preço igual ao da avaliação si maior não apparecer.

Si é certo dizer Pereira e Souza no § CDXXVIII que *a arrematação se faça a quem offerecer maior preço, comtanto que cubra a avaliação*, nem o diz o § 7.º da L. de 20 de Junho, em que se elle funda, nem isso se justificaria por motivo algum; ao contrario, levaria ao grosseiro absurdo de se recusar um lanço, fundado em justo preço, para na praça subsequente se abrir a licitação com preço menor de dez por cento. E a mesma L. de 1774, depois explicada pelo Alv. de 22 de Setembro de 1779, mandava que — si havia quem desse mais do que o preço da avaliação, se

lhe entregasse o ramo, e si não havia sinão quem offerecesse o preço da avaliação, se lhe entregasse também o ramo.

No erro de Pereira e Souza incorreu infelizmente o nosso Ribas no art. 1304 § 2.º da *Consolidação*. Mas como a verdade tudo vence, no art. seguinte disse o illustre mestre que, si forem findos os pregões sem haver quem lance o *justo preço da avaliação*, alguém lançar mais do que o preço por que se tiver de fazer a adjudicação, por este lanço se fará a arrematação — e tal é a disposição expressa do cit. Alv. de 1779, que passou para o art. 553 do Reg. n. 737.

Logo, lanço igual ao preço da avaliação é sempre tomado, uma vez que não haja maior.

Mesmo aquella locução de Ribas *si forem findos os pregões* não é correcta; como bem observa Leite Velho, pag. 153, Ribas quereria dizer *a praça*.

Vj. Lobão, *Exec.*, § 369.

(^c) Cit. Reg. n. 737 de 1350, art. 550 § 2.º

Velha disposição da L. de 20 de Junho de 1774, § 16, que o nosso Reg. deveria ter modificado de accordo com os progressos do direito e do credito, principalmente quanto ao art. 555, que sujeita a prisão o arrematante que não pagar até os tres dias seguintes á arrematação, e a processo executivo o fiador.

Peior era ao tempo em que, no processo civil, vigorava a L. de 20 de Junho, pois não faltavam escriptores, notadamente Ribas, *Consol.*, art. 1306, que extendiam a pena de prisão ao fiador, o que aliás não estava na dita lei, cujo § 16 não se referia sinão ao arrematante — Paula Baptista, nt. 1 ao § 202.

— Si o arrematante fôr o mesmo credor exequente, será obrigado a depositar o preço da arrematação somente nos casos em que o não pode levantar — Reg. n. 737, art. 551: e é dispensado de depositar o dito preço, prestando fiança, nos casos em que, sem a prestar, não pode levantar o mesmo preço — *id.*, art. 552.

— O preço da arrematação não pode ser levantado sem fiança nos casos do art. 556, isto é:

- 1.º Pendendo embargos ou appellação, salvo no caso do art. 297;
- 2.º Pendendo a nullidade no caso do art. 256;
- 3.º Quando do registro do navio consta que está elle obrigado por algum credito privilegiado.

— O preço da arrematação não pode ser levantado havendo embargo ou protesto de preferencia e rateio por parte de outro credor — art. 557.

(6) E' deste auto que decorrem os efeitos da arrematação.

(7) A carta de arrematação deve conter:

1.º A autuação;

2.º A sentença exequenda;

3.º A penhora;

4.º A avaliação;

5.º A declaração do numero de praças que correram;

6.º O auto de arrematação;

7.º O conhecimento do pagamento dos direitos fiscaes;

8.º A quitação ou deposito;

9.º As procurações — Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874.

(8) Debatida questão tem sido esta: desde quando se opera, nas arrematações judiciais, a transferencia do dominio?

Para uns — do momento da arrematação; para outros, desde o pagamento ou consignação do preço; ainda para outros, da entrega da carta de arrematação; finalmente, para quarta escola, da imissão na posse da coisa arrematada, mediante a carta de arrematação. E esta é a nossa opinião.

Eis, em rapida synthese, os nossos argumentos:

1.º Como se verá adiante, o art. 546 do Reg. n. 737 de 1850 dá ao executado, sua mulher, descendentes e ascendentes o direito de remir a execução, ou dar lançador até a assignatura da respectiva carta. Logo, até esta assignatura, o dominio não se transferiu ao arrematante.

2.º O art. 575 § 2º do cit. Reg. admite que o executado venha com embargos ainda depois do acto da arrematação, até que a carta seja assignada. Logo, aquelle acto não lhe tirou ainda o dominio, nem mesmo a posse, que manteve não obstante a penhora — Lobão, § 432.

3.º O art. 596 admite, até aquella assignatura, embargos de terceiro. Logo, si o acto da arrematação transferisse o dominio, ao terceiro senhor e possuidor só caberia a reivindicação.

4.º O art. 609 § 3.º permite o concurso de preferencia enquanto o preço não é entregue ao exequente ou não é assignada a carta de arrematação. Logo, até então, a coisa arrematada ainda é do executado.

5.º A licção dos melhores DD. V. g.: Lobão, *Exec.* § 443 e segs., e especialmente na *Diss. 10 Supp. ás Acç.*

Sum.; Moraes, VI, VIII, 7 e XIII, 19; Silva, *ad Ord.* IV, 13 § 7; Teixeira de Freitas, not. 802 a Pereira e Souza; Ramalho, h. t., § 9.º; Paula Baptista, not. ao § 204; Macedo, Dec. 27; Portugal, *de Donat.*, I, III, 16, e outros. Moraes, VI, XIII, 91, nem admite a *clausula constituti: si clausula constituti interveniat, possessio ex ipsa non acquiritur, DONEC REALITER CAPIATUR.*

6.º A praxe, attestada por Pegas, Tom. 12 ad Ord. III, 52, 8 n. 10; Guerreiro, IV, VI, 5 n. 45; Silva, *loc. cit.*: *Et ego multoties vidi judicatum.*

7.º A legislação estrangeira, *apud* Lobão, *loc. cit.*

§ 274

Da Remissão

Remissão tem aqui significação singular, quiçá extravagante da technica juridica. Não é a *renuncia que o credor faz de seus direitos, e o consentimento que dá a que a dívida se extinga*, na correcta definição de Rogron ao art. 1282 do Cod. civ. fr., mas o *direito que o executado tem, ou outrem por elle, de pôr fim á execução, pagando a respectiva importancia.*

Nossa lei é expressa: E' licito não só ao executado, mas também á sua mulher, ascendentes e descendentes remir ou dar lançador a todos ou alguns dos bens penhorados, até a assignatura do auto de arrematação ou da carta de adjudicação, independente de qualquer citação — Reg. n. 9549 de 1886, art. 19; Reg. n. 737, art. 546.

Este direito, que já era reconhecido pelo antigo direito portuguez, está sujeito ás regras dos arts. 20 e 21 do cit. Regulamento n. 9549, a saber:

— E' preciso que qualquer daquellas pessoas offereça preço igual ao da avaliação até a primeira praça, e nas outras ao maior que nellas fôr offerecido.

— Nenhuma de taes pessoas poderá remir ou dar lançador a algum ou alguns dos bens havendo licitante que se proponha a arrematar todos os bens, offerecendo por elles o preço, que na occasião tiverem, sendo superior ou igual á avaliação na primeira praça, e nas outras superior ou igual ao maior lanço offerecido ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Só duas censuras nos parece merecer a nossa lei neste ponto.

E' a primeira não dar a quem quer que seja o direito de remir a execução; porque só o terão a mulher, os ascendentes e os descendentes! Porque não applicar aqui a theoria da intervenção?

E' a segunda o fazer a remissão depender de preço igual ou superior á avaliação, quando bastava que fosse igual á ultima conta da execução: capital, juros e custas. Pois si o executado não é obrigado a mais!

Eis porque assim redigimos os arts. 861 e 862 do cit. *Projecto*:

— Em qualquer estado da execução pode o executado remil-a, pagando a importancia della e as custas.

— Tambem pode qualquer terceiro remir a execução, mas só ficará subrogado nos direitos do exequente si mostrar consentimento do devedor, expressamente manifestado, ou por factos dos quaes tal consentimento claramente se induza.

E acrescentámos no art. 863:

— Si o exequente ou algum dos credores concorrentes recusar receber a importancia do credito liquidado, tendo sido intimado para isso, será essa importancia depositada a custa delle, e o juiz declarará effectuado o pagamento a contar da data do deposito, sem admittir opposição.

São disposições do Cod. Proc. civ. port., arts. 889 —891.

§ 275

Das pessoas que podem e das que não podem lançar

Poucas são as regras que a nossa lei entendeu formular a este respeito.

Estabelecendo o principio geral de direito — que é admittido a lançar todo aquelle que está na livre administração de seus bens — o art. 549 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 apenas exceptuou:

1.º O juiz, escrivão, depositario, avaliadores e officiaes do juizo ⁽¹⁾;

2.º O tutor, curador e testamenteiro ⁽²⁾;

3.º Pessoa desconhecida sem fiança idonea, ou procuração da pessoa por quem comparece ⁽³⁾.

E accrescentava em 4.º logar — o credor, salvo com licença do juiz; disposição esta, porem, hoje revogada pelo art. 25 do cit. Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, *ibi*: Ao exequente fica salvo em qualquer das praças o direito de lançar, independente de licença do Juiz.

E não disse, mas é de direito corrente, que tambem não podem lançar todos aquelles que são incapazes de directamente contractar, salvo si estiverem legalmente habilitados ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Bem entendido, esses que funcçionam no juizo em que corre a execução

E o fiador, poderá elle arrematar os bens do affiançado? Não temos hoje lei que o prohiba.

⁽²⁾ Quanto aos bens do menor, do interdicto e da testamentaria.

E quer esta, quer a prohibição anterior nos parece que se limita ao tempo em que cada qual exercer o officio, cargo ou funcção.

⁽³⁾ Já a L. de 20 de Junho de 1774, § 5, determinava que *na praça se não admittissem lanços de pessoas desconhecidas, sinão fôr, ou trazendo comsigo, ou dando na praça outras, de que haja conhecimento, que com ellas assignem os ditos lanços; ou mostrando procuração legitima de pessoas, de cujo conhecimento e idoneidade haja cabal noticia.*

E porque essas pessoas, que assim assignavam os lanços, *scil.*, o auto de arrematação, ficavam como fiadores ou abonadores do arrematante — Moraes, VI, XIII, 66, sobre os

frs. 4 § fin. e 24 *de fidejus.* — é que o Reg. n. 737 foi positivamente dizendo *sem fiança idonea*.

(⁴) V. g.: os menores e os interdictos — Ramalho, h. t. § 4.º.

§ 276

Efeitos da arrematação

São principaes efeitos da arrematação:

1.º E' irretractavel (¹), salvo o direito de remissão nos termos do § 274;

2.º Extingue os onus da coisa arrematada, os quaes se transferem para o preço, passando aquella para o arrematante livre e desembargada (²);

3.º Exclue a arguição de vícios redhibitorios e de qualquer especie de lesão (³);

4.º Dá direito aos fructos pendentes ao tempo da imissão na posse, ficando porem o arrematante obrigado a indemnizar o executado das despesas necessarias que houver feito com os mesmos fructos (⁴).

(¹) Argum. da Ord. III, 91 pr. e IV, 6 §§ 2 e 3; Reg. n. 737, art. 554.

(²) Vj. Ramalho, h. t. § 9.º.

(³) Quanto aos vícios redhibitorios, é disposição expressa do Cod. Nap., art. 1649: *Elle* (a acção resultante dos vícios redhibitorios) *n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice*; disposição que se foi buscar no fr. 1.º § 3.º de *ædil. edict.* (XXI, I), que negava aquella acção nas vendas fiscaes. Porque? Porque, diz Domat, o objecto é vendido pela justiça tal qual é. Porque, dizem outros, as vendas judiciais se fazem publicamente, *coram populo*, tudo vendo e examinando os licitantes, que por suas reciprocas observações bem se podem esclarecer. Porque, acodem outros, em geral o preço da arrematação é muito baixo, quasi sempre abaixo do valor real, ao passo que as despesas são consideraveis, e estas ficariam perdidas si a arrematação se resolvesse. Finalmente, parece a outros que a razão da lei é o interesse dos credores, a quem o preço

é pago; e no caso de concurso de credores, apresentaria grandes dificuldades o annullar o rateio pago. Dahi resulta, dizem Mourlon, Duvergier, Colmet de Santerre e outros, que tal venda toma um caracter aleatorio: os compradores, sabendo que não têm direito á garantia, offerecerão preço menor.

Laurent (XXIV, 288), que nos forneceu estes apontamentos, decide-se pela razão de ser a venda feita pela auctoridade da justiça. Esta não pode responder pelos vicios redhibitorios. O que se não pode presumir é que o exequente tenha conhecimento do objecto cuja arrematação promove, para que se o faça responsavel — Paris, 30 de Julho de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 227)

Quanto á rescisão por lesão, a Ord. L. 4.º tit. 13 § 7.º e a L. de 20 de Junho de 1774, §. 18, admittiam-na quando fosse enormissima; entretanto Teixeira de Freitas absolutamente a denega no art. 569 da *Consolidação das Leis Civis*, dizendo em nota que ponto tem sido esse duvidoso, e tanto mais, que o Reg. n. 737 de 1850 nelle não tocára, remetendo o seu art. 559 para o direito civil as questões relativas aos effeitos das arrematações. Felizmente o art. 24 do Reg. n. 9549 de 1886 cortou de todo a controversia não permitindo, contra ellas, a acção de nullidade por lesão *de qualquer especie*. E muito bem o fez.

(⁴) Leite Velho, art. 236.

— O arrematante ou adjudicatario dos rendimentos tem o direito de exigir que o dono da propriedade faça as obras indispensaveis para que as rendas possam ser percebidas, mandando intimal-o para as fazer em prazo determinado, sob pena delle arrematante as fazer, e podendo reter a propriedade até que lhe sejam pagas as despesas que fez — *idem*, art. 241, *apud* Moraes, VI, XIII, 71.

§ 277

e) Da adjudicação. O que seja

Adjudicação é a venda judicial dos bens penhorados, feita, depois de finda a praça, ao proprio credor exequente, ou outro habilitado, a seu requerimento, e por

preço pelo menos igual ao maior lance oferecido, ou, na falta de licitante, por preço não inferior á avaliação ou ao valor determinado pelos abatimentos legais ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Como se vai vêr no § seguinte, em cada um dos termos desta definição assentam outros tantos requisitos legais da adjudicação.

§ 278

Seus requisitos

Consoante os principios geraes de direito e o disposto no art. 26 do Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, a adjudicação somente pode ser feita:

1.º Depois de finda a praça — pois enquanto esta está aberta, tem o executado direito a que se recebam os lances que forem apparecendo ⁽¹⁾;

2.º Ao credor exequente, ou a outro qualquer que, devidamente habilitado, haja protestado por preferencia ou rateio ⁽²⁾;

3.º A requerimento de qualquer de taes credores ⁽³⁾;

4.º Por preço não inferior ao determinado na lei ⁽⁴⁾.

O minimo do preço é assim determinado:

a) Pelo maior lance oferecido, de cujo valor não deve ser menor, bastando que seja igual;

b) Pelo preço da avaliação, na primeira praça, si não houver lance maior;

c) Pelo preço reduzido nas outras duas praças, conforme as regras compendiadas no § 273, 5.º, e outro lance maior não apparecer ⁽⁵⁾.

Peita a adjudicação, a seu respeito vigoram todas as regras que acima se expuzeram sobre a arrematação.

⁽¹⁾ Razão tanto mais preponderante ao tempo da adjudicação forçada, que esta era então feita com abatimento da decima, quarta ou quinta parte conforme os bens fossem

moveis com valor intrinseco, moveis sem tal valor ou immoveis, como compensação da violencia que se fazia ao exequente com forçal-o a ficar com os bens penhorados.

(²) Creação da Lei de 1885, regulamentada pelo cit. Dec. n. 9549 de 1886. Até então, a adjudicação só podia ser feita ao credor exequente, tendo os demais credores tão sómente o direito de disputarem sobre o preço da adjudicação — Reg. n. 737, art. 563- L. de 20 de Junho §§ 16 e 20.

(³) Outra criação, e importantissima, daquella Lei, que aboliu, em todos os casos, a adjudicação obrigatoria. E com esta abolição ficaram em grande parte modificadas as disposições da L. de 20 de Junho e do Reg. n. 737 sobre este ponto.

(⁴) cit. Reg. n. 9549, art. 26

(⁵) *idem*, § 2.º

— Em vez da arrematação ou da adjudicação da propriedade dos bens penhorados, pode o exequente, não se oppondo o executado, requerer o seu pagamento pelo rendimento dos mesmos bens, si forem indivisos e o seu valor exceder o dobro da divida; precedendo á avaliação dos referidos rendimentos, a conta da importancia e o calculo do tempo preciso para a solução da divida — Reg. n. 9549, art. 27.

— Si o valor dos bens adjudicados excede a importancia da divida, deve o adjudicatario depositar o excesso, sob as mesmas penas a que está sujeito o arrematante que no termo de tres dias não paga o preço da arrematação — *idem*, art. 28 combinado com os arts. 555 e 561 do Reg. n. 737 de 1850.

ARTIGO III

Dos incidentes da Execução

SECÇÃO I

Dos embargos do executado

§ 279

Razão de ordem

Na justa observação de Paula Baptista, é difficil, neste assumpto, assentar principios e regras de ca-

racter generico ou theorico, pois que nossas leis não têm a este respeito systema nem regularidade.

Então a jurisprudencia, essa só disso tem o nome, e na mais grosseira contradicção com a idéa que a sciencia judiciaria lhe assigna. E si é impossivel contestar o beneficio que se colheu da abolição das disposições do processo *propriamente civil*, pois o Reg. Commercial muito concorreu para systematisar tão desordenado capitulo das instituições judicarias, tambem é certo que a Reforma de 1885 muito podia tel-o melhorado, e no emtanto nem siquer se referiu a este ponto. Continuamos, portanto, no estado de duvidas e vacillações em que o mesmo systema do Reg. n. 737 de 1850 ainda deixava immerso tão importante parte do processo das execuções.

Na impossibilidade de exgottar o estudo de tão copiosa materia, nos limitaremos a synthetisar as principaes regras em vigor sobre os seguintes pontos:

- I. Que embargos são admissiveis;
- II. Quando devem ser oppostos;
- III. Seu processo.

§ 280

Que embargos são admissiveis

Pelo systema do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, os embargos do executado se discriminam em duas grandes classes:

- I. a dos que suspendem a execução, e por isso se recebem nos proprios autos, e
- II. a dos que correm em auto apartado, sem aquelle effeito suspensivo.

A primeira somente comprehende os embargos ta-

xativamente enumerados no mesmo Regulamento ⁽¹⁾; a segunda, quaesquer outros ⁽²⁾.

Os embargos suspensivos podem ser de tres especies:

- I. De nullidade;
- II. Modificativos;
- III. Infringentes.

Uns e outros precisam ainda ser discriminados em outras duas classes:

I. A dos que podem ser oppostos á execução das acções pessoas, e

II. A dos que cabem na execução das acções reaes ou reipersecutorias.

Finalmente, a primeira destas duas ultimas classes ainda se subdiscrimina em duas especies:

I. A dos embargos que somente podem ser oppostos nos seis dias seguintes á accusação da penhora em audiencia ⁽³⁾, e

II. a dos que somente o podem ser depois do acto da arrematação ou adjudicação, mas antes de assignada a respectiva carta ⁽⁴⁾.

Enumerando agora os embargos segundo aquellas diversas divisões, temos o seguinte quadro:

I. De nullidade

a) Embargos de nullidade do processo e sentença com prova constante dos autos ou offerecida incontinenti —admissiveis na execução das acções pessoas dentro em seis dias após a accusação da penhora;

b) De nullidade e excesso ⁽⁵⁾ da execução até a penhora — *idem, idem*.

c) De nullidade, desordem ou excesso da execução depois da penhora até a assignatura da carta de arrematação ou adjudicação — admissiveis na exe-

cução das acções pessoais depois do acto da arrematação ou adjudicação até a referida assignatura.

d) De nullidade do processo e execução com prova constante dos autos ou produzida incontinenti, e

e) De nullidade e excesso da execução — admissíveis nas acções reaes ou reipersecutorias, observado o processo exposto nos §§ subsequentes.

A nullidade do processo somente pode ser allegada si fôr preterida alguma formula ou termo substancial do processo ⁽⁶⁾.

A nullidade da sentença somente pode ser allegada por algum dos seguintes fundamentos ⁽⁷⁾:

1. Si a sentença foi proferida por juiz incompetente, suspeito ⁽⁸⁾, peitado ou subornado, ou

2. contra direito expresso ⁽⁹⁾, ou

3. si foi fundada em instrumentos ou depoimentos julgados falsos em juizo competente ⁽¹⁰⁾, ou finalmente

4. si o processo em que foi ella proferida se annullou em razão de alguma das seguintes nullidades ⁽¹¹⁾:

a) illegitimidade de partes, como o falso e não bastante procurador, a mulher não commerciante sem outorga do marido ⁽¹²⁾, o menor ou pessoas semelhantes sem tutor ou curador,

b) falta de alguma forma ou termo essencial, consoante o art. 22 do Tit. unico doCodigo Commercial,

c) preterição de alguma forma que as leis exijam com pena de nullidade ⁽¹³⁾.

II. Modificativos

a) Embargos admissíveis nos seis dias da penhora:

1. De moratoria, concordata ou declaração de quebra ⁽¹⁴⁾;

2. De compensação ⁽¹⁵⁾;
3. De pagamento, novação, transacção e prescrição supervenientes á sentença, ou não allegados na causa principal ⁽¹⁶⁾.

b) Depois do acto da arrematação ou adjudicação até a assignatura da respectiva carta:

1. Os mesmos quando supervenientes á penhora, e
2. De restituição ⁽¹⁷⁾.

c) Admissíveis na execução das acções reaes:
De retenção de bemfeitorias ⁽¹⁸⁾.

Mas é de notar, que alem destes embargos enumerados no Reg. n. 737 de 1850, outros são ainda admissíveis na execução das acções propriamente do fôro civil, quaes eram antes do Dec. n. 763 de 9 Setembro de 1890, pois que este acto não teve em vista sinão generalisar o direito formulario commercial, nunca, porem, abolir institutos do direito civil. Assim, pode ainda o executado vir com os seguintes embargos, que Ribas contemplou no art. 1339 ns. 8, 11, 12 e 13 de sua *Consolidação*:

- a) De divisão ⁽¹⁹⁾,
- b) Do pacto *de non petendo* ⁽²⁰⁾,
- c) Do senatusconsulto Macedoniano ⁽²¹⁾,
- d) Do senatusconsulto Veleiano ⁽²²⁾.

III. Infringentes ⁽²³⁾

Podem ser oppostos, com prova incontinenti do prejuizo:

I. Nos seis dias seguintes á penhora:

- a) pelo menor e pessoas semelhantes, a quem compete restituição;
- b) pelo revel;
- c) pelo proprio executado com documentos obtidos depois da sentença.

II. Na execução das acções reaes:

- a) pelas mesmas pessoas que gozam do benefício de restituição;
- b) pelo chamado á autoria ⁽²⁴⁾;
- c) pelo proprio executado, com aquella mesma restricção ⁽²⁵⁾.

⁽¹⁾ Reg. cit., arts. 577—581.

⁽²⁾ *id.*, art. 582.

⁽³⁾ Vide not. 1.^a ao § seguinte.

⁽⁴⁾ Tal é o systema decorrente do art. 575, dizendo expressamente que *nenhuns embargos serão oppostos na execução sinão naquelles dous termos*, mesmo quando se trate da execução de accções reaes, como se verá adiante.

⁽⁵⁾ *Nullidade da execução*, isto é, alguma das nullidades absolutas enumeradas no art. 673 § 9-13 do Reg. n. 737.

Excesso da execução, o que se pode verificar não só nos casos apontados por Lobão, § 350—357, quanto á desproporção entre a importancia exequenda e o valor dos bens penhorados, como tambem quando houver não justificada inversão da ordem exposta no nosso § 263.

Escusado é dizer que ao executado não será licito arguir taes nullidades si elle mesmo concorreu para o excesso da execução — Vj. § 70, III.

— Tambem as nullidades do processo e da sentença a que se allude na let. a) não são quaesquer, sinão unicamente as definidas adiante, e referidas nos arts. 580 e 581 do Reg. n. 737. E é indispensavel que os embargos estejam provados dos autos ou o venham com prova offerecida incontinenti — Acc. da Rel. do Rio, de 27 de Março de 1875 (*Gaz. Jur.*, VII, 252).

⁽⁶⁾ cit. Reg., art. 580.

⁽⁷⁾ *idem*, art. 581.

⁽⁸⁾ Sem mais razão de ser a duvida, que no antigo processo propriamente civil se agitava sobre saber si cabiam, na execução, embargos de suspeição — duvida que aliás sempre nos pareceu inconsistente, pois na phrase da Ord. Liv. 3.^o tit. 75 pr.: *ou outra cousa semelhante que seja contra nossa Ord. ou contra direito expresso* — sempre se nos afigurou certo que a suspeição era das nullidades capazes de annullar sentenças em qualquer instancia ou juizo. E tal era o sentimento de Silva á Ord. III, 87 § 1.^o n. 6: *En vides quod in exequitione non solum opponi possunt Exce-*

ptiones nullitatum in hoc textu specificatarum, sed etiam aliarum similium, quæ ex jure sententiam reddant nullam.

(⁹) O que seja direito expresso já dissemos nos §§ 232 e 233. Acrescenta o art. 680 § 2.º *alin.* do Reg. n. 737 que — a ilegalidade da decisão, e não dos motivos e enunciado delia é que constitue esta nullidade — o que, de resto, não é mais do que corollario logico dos principios. Entretanto, convem não esquecer a regra estabelecida no § 246 sobre os motivos da sentença quando constituem coisa julgada.

(¹⁰) Porque a sentença fundada em falsa prova nunca passa em julgado — Ord. III, 75 pr.

(¹¹) Reg. n. 737, art. 680 combinado com os arts. 672- 674.

Dispõe o art. 681 § 4º que a sentença pode ser annullada por meio da acção rescisoria, *não sendo a sentença proferida em grau de revista*. Estará esta disposição prejudicada pelo regimen federativo, qual hoje nos rege? Penso que não: as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que conhece das decisões dos Tribunaes dos Estados, e vimos no § 233, não devem estar sujeitas a embargos do executado. A razão do citado § 4.º não desapareceu.

(¹²) Bem entendido: mesmo a mulher commerciante carece de outorga especial do marido para demandar ou ser demandada nas relações alheias ao commercio para que foi auctorizada.

(¹³) cit. art. 581.

(¹⁴) Porque qualquer de taes actos modifica essencial e suspensivamente a obrigação exequenda — Cod. Com., arts. 903, 852 e 830.

(¹⁵) Porque, como se verá no § 291, compensar é pagar.

(¹⁶) Porque são outros tantos modos legitimos de extinguir a obrigação exequenda.

(¹⁷) Estes, quando infringentes, só podem ser oppostos nos seis dias da penhora ou na execução das acções reaes: é o que, sem muita plausibilidade, se induz da comparação entre o presente § 3.º do art. 578 e os §§ 8.º n. 1 do art. 577 e 4.º n. 1 do art. 579.

E estes embargos de restituição, admissiveis no segundo daquelles dous termos da execução, independem da restricção, por aquelles §§ imposta aos infringentes, isto é,

prova incontinenti do prejuízo? Parece que sim, pois a lei nada diz em contrario.

E é por causa de todas estas incongruências e distincções, filhas de privilegios hoje injustificaveis, que fazemos votos para que por completo desapareça a restituição, felizmente banida do *Projecto* Bevilacqua (art. 8.º).

E porque mais cedo ou mais tarde isso devia succeder, chegámos a ter a idea de não consignar em nossa *Theoria do Processo* uma só linha a este assumpto, imitando o grande Teixeira de Freitas na sua *Consolidação* relativamente a escravos.

Entretanto, até que se acabe com ella, penso que a restituição deve hoje em absoluto ser dominada pela já invocada regra do art. 334 do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, isto é, si os embargos á sentença não podem ser oppostos por via de restituição sinão quando os embargantes não se tenham defendido desde o inicio da causa ou esta haja corrido á revelia delles, tambem contra a execução só serão admissiveis embargos de restituição quando sejam de materia superveniente.

(¹⁸)— Somente são attendiveis as bemfeitorias permanentes que augmentam o valor do predio.

Estimam-se as bemfeitorias não pelo que custaram, mas pelo augmento de valor que trazem e no estado em que se acham — Reg. n. 737, art. 584.

— No caso de evicção, si o comprador auferir proveito da depreciação por elle causada, tem o vendedor direito de reter a parte do preço que fôr estimada por arbitradores (Cod. Com, art. 215). Tambem tem o direito de retenção o comprador que houver feito bemfeitorias na coisa vendida, que augmentem o seu valor ao tempo da evicção, si esta se vencer (Cod. Com., art. 216) — cit. Reg., art. 585.

Estes embargos de retenção por causa de bemfeitorias são frequentes no fôro, e delles trata longa e proveitosamente o citado Lobão, § 228 e segs.

(¹⁹) *Apud* Silva, Ord. III, 87 § 1.º n. 35: *Exceptiones divisionis item impediunt exequutionem, et recipiuntur in eisdem actis, quod plures sunt hæredes, vel consortes in sententia, et in solidum contra unum exequutio petitur; et tenet decisum* Peggs.—Vj. Reg. n. 737, art. 592.

(²⁰) *Apud* Mello, IV, XXII, § 15.

(²¹) Ord. IV, 50 § 2.º

(²²) Ord. IV, 61. — Salvo sendo mulher commerciante — Reg. n. 737, art. 593.

E todos estes embargos devem correr nos mesmos autos, suspensa a execução.

(²³) São os que tendem á reforma da sentença em suas conclusões e fundamentos; e porque interessa á ordem publica que a coisa julgada não esteja facilmente sujeita a ser reformada, é que só nos casos aqui enumerados são taes embargos admissiveis; casos esses justificaveis, salvo o de restituição de menores e pessoas semelhantes si quizerem forrar taes embargantes da obrigação de produzirem materia nova e documentos achados depois de proferida a sentença. Assim devem ser entendidas a Ord. Liv. 3.º tit. 87 § 2.º, tanto mais, que pela Ord. do mesmo Liv. tit. 41 pr. e § 4.º ainda têm os menores o beneficio da restituição contra as sentenças para que *se suspenda* a respectiva execução.

E note-se que a Ord. Liv. 3.º tit. 87 § 2.º só se referia ao *soldado ou lavrador rustico, e cada um delles morasse e litigasse em aldêa ou logar onde não houvesse letrados, com quem se pudesse aconselhar.*

— O Reg. n. 737, art. 594, faz felizmente duas excepções á admissibilidade do beneficio de restituição, o qual não tem logar na liquidação das sociedades commerciaes e nos casos de fallencia.

(²⁴) Vj. art. 585 do Reg. n. 737, transcripto na not. 18 *supra*.

(²⁵) Mas quaesquer destes embargos, sendo desacompanhados de documentos obtidos depois da sentença, nem por isso deixam de ser recebidos, mas não suspendem a execução — acc. da Rel. do Rio, de 24 Março 1879 (*O Direito*, XVIII, 687). Consequencia do cit. art. 582 do Reg. n. 737.

§ 281

Quando devem ser oppostos

Como já se viu, os embargos do executado, nas acções pessoaes, só podem ser oppostos dentro em dous termos da execução:

a) ou nos seis dias seguintes á penhora ⁽¹⁾,

b) ou depois do acto da arrematação ou adjudicação, mas antes de assignada a respectiva carta ⁽²⁾.

Na execução das acções reaes, somente nos dez dias assignados para a entrega da coisa, mas seguro o juizo com dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, ou titulos e papeis de credito equivalentes ⁽³⁾.

No primeiro daquelles termos podem ser oppostos quaesquer dos embargos referidos no § anterior, uma vez que a respectiva materia tenha acontecido até a penhora; e no segundo, si é a ella superveniente ⁽⁴⁾.

Quanto á execução das acções reaes ou pessoaes para entrega de coisa certa, penso que ainda se devem applicar as regras do processo das execuções propriamente civis, a saber:

— Nos dez dias assignados para a entrega, requer o executado que lhe seja dado oppôr embargos á execução. Si a coisa não é de raiz e o exequente a quer receber, prestará fiança á entrega e a perdas e damnos, como quando a execução é de quantidade: si é de raiz, dará fiança somente aos fructos; na falta de fiança, porá o juiz em sequestro o objecto da execução e em arrecadação os fructos. Feito o que, e accusado o sequestro, virá o executado com os seus embargos nos seis dias da execução ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ O termo de seis dias começa, não so acto da penhora, mas da respectiva accusação em audiencia, na qual se deve assignar o dito termo, pois que melhor é a doutrina que não dá a penhora por feita e acabada sinão depois daquella accusação, ou como se exprime o acc. da Rel. do Rio, de 20 de Abril de 1877 (*O Direito*, XIII, 339) — *emquanto não é trazida a juizo para os effeitos legaes*.

Nem outra coisa se pode sustentar diante do art. 532 do proprio Reg n. 737, *ibi*: *Accusada a penhora, e decorridos os seis dias* sem embargos, se procederá á avaliação. — Nada mais claro.

Vj, a Dec. de aggr. do Trib. do Com. na *Chron. do Fôro* de 1859, n. 13.

(²) Reg. n. 737, art. 575.

(³) cit. Reg., art. 576.

(⁴) E' certo, como já vimos, que os embargos infringentes o Reg. sómente os enumera expressamente entre os que podem ser oppostos nos seis dias da penhora e entre os que o podem ser nas acções reaes; é ainda certo já haver julgado no sentido de não serem elles admissiveis no segundo termo do art. 575 — acc. da Rel. do Rio, de 16 de Março de 1888 (*O Direito*, XLIX, 270). Entretanto, em boa theoria não vemos motivo para esta exclusão. Será porque a materia de taes embargos costuma occorrer antes da penhora, e então, si não foi opposta no primeiro termo, presume a lei que o executado transigiu? Mas si só depois da penhora é que o executado teve conhecimento da materia infringente ou obteve prova, porque lhe recusar os embargos? e porque, depois dos seis dias da penhora, os admittir somente nas acções reaes?

A unica razão logica de se distinguirem os dous termos do art. 575 é esta: que no primeiro se devem oppôr os embargos consistentes em materia occorrida e conhecida depois da penhora.

Vj. Ribas, art. 1345.

(⁵) Ord. III, 86 § 15; Ribas, art. 1349 comb. com os arts. 1228 — 1230.

§ 282

Como se processam

O processo dos embargos do executado varia em cada uma das tres hypotheses seguintes, correndo nos proprios autos ou em separado conforme as regras do § 280:

a) Nas acções pessoaes, quando oppostos nos seis dias seguintes á accusação da penhora:

Neste caso, offerecidos elles, são logo conclusos ao juiz, que os recebe ou rejeita *in limine*. Si os

recebe, se assigna o termo de cinco dias para o exequente os contestar, findos os quaes se abre a dilação probatoria, e depois o termo de cinco dias successivamente ao embargante e embargado para razões finaes. Depois do que, são julgados afinal. Si são julgados provados, a appellação tem os dous effeitos; no caso contrario, sómente o devolutivo ⁽¹⁾.

b) Nas acções pessoaes, quando oppostos depois da arrematação ou adjudicação:

O Reg. n. 737 não descreve o processo neste caso, pois que só á primeira hypothese se refere no art. 586 e segs. E' o mesmo que na hypothese já referida, com esta differença unica: que devem os embargos ser offerecidos entre o acto da arrematação ou da adjudicação e o da assignatura da respectiva carta, independentemente de accusação e assignação.

c) Nas acções reaes ou *in rem scriptæ*:

Já em seus actos preliminares ficou este processo exposto no final do § anterior; depois de offerecidos os embargos, seguem-se os mesmos termos do processo indicado para as duas primeiras hypotheses.

Si em qualquer das hypotheses os embargos recairem sobre sentença confirmada por Tribunal de segunda instancia, e forem infringentes ou de nullidade, depois das razões finaes serão remettidos para aquelle Tribunal e ali definitivamente julgados ⁽²⁾.

— Proferida a ultima decisão, no caso em que os embargos tenham corrido em auto apartado, e haja ella revogado a sentença exequenda, tudo se reduz ao primitivo estado; e si já tiver havido arrematação ou adjudicação, o arrematante ou adjudicatario restitue a coisa arrematada ou adjudicada ⁽³⁾, com previa indemnisação do preço e das despesas ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 586 — 588.

⁽²⁾ *id.*, art. 583.

⁽³⁾ Ord. III. 86 § 4.º

⁽⁴⁾ *idem* — Reinoso, Obs. 56 n. 18 e 19.

Quanto aos fructos e rendimentos, não os restitue. por ser possuidor de boa fé. Cit. Reinoso. n. 1.—Vj. Ramalho, h. t., § 5.

§ 283

Embargos de erro de conta

Havendo erro na conta da execução, ou das quantias exequendas, ou das quantias liquidas, ou das custas, pode qualquer das partes embargar independentemente de artigos, por meio de simples petição. O juiz, com informação do contador e ouvida a parte contraria, decide logo como achar conveniente ⁽¹⁾.

Entretanto, si entender que deve haver mais ampla discussão, poderá mandar que a parte forme os seus embargos no termo de tres dias, e delles se dará vista á outra parte por igual termo, para contestação; findo o qual, o juiz decidirá ⁽²⁾.

Desta sentença só cabe agravo de petição ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 589.

⁽²⁾ *id.*, art. 590.

⁽³⁾ *id.*, art. 595 e art. 669 § 9.º — Vid. o § 211 n. 9.

§ 284

Embargos de materia velha

Dominando toda a doutrina dos embargos do executado vigora a seguinte regra absoluta: *Não são admissiveis embargos cuja materia já tenha sido allegada e desprezada na causa principal* ⁽¹⁾. E só esses se dizem *embargos de materia velha* ⁽²⁾.

Desta regra só se excluem os embargos consistentes em direito ⁽³⁾.

(¹) Ord. III, 87 §§ 2, 5, 7 e 10.

(²) E' erro, portanto, e erro grosseiro, o se desprezarem embargos ao accordam fóra do processo de execução, com o fundamento de conterem materia já allegada na primeira instancia ou na da appellação da mesma causa, e mais ainda o é dar a taes embargos a denominação de *embargos de materia velha*.

Não ha taes embargos sinão no juizo da execução, e somente são taes quando por elles o executado reproduz defesa já allegada na causa principal e desprezada pela sentença exequenda.

Si o § 10.º da cit. Ord. fosse rigorosamente observado, nem os juizes teriam tantas occasiões de errar, nem tão baralhada andaria a sciencia do direito judiciario: “E porque os advogados algumas vezes vêm com embargos de materia velha, e *que já foi tratada no feito principal*, e com isso dilatam as causas, mandamos que os Advogados, que nisso forem comprehendidos, sejam condemnados em suspensão de seus officios...”

(³) E a razão a dá Guerreiro, *Quæst.* 99 n. 58: *Quia juris est, semper nova reputatur, et admissibilis.*

SECÇÃO II

Dos embargos de terceiro

§ 285

O que sejam

Os *embargos de terceiro* têm seu fundamento juridico no preceito geral de direito, segundo o qual deve a execução recair tão somente em bens do executado. Portanto, si forem penhorados bens do dominio e posse de outrem, tem este o direito de embargar a execução, para que lhe sejam entregues os bens indevidamente penhorados, e arrematados ou

adjudicados, si a execução foi até lá. Pura consequencia do brocardo — *res inter altos judicata, aliis non nocet*.

Mas porque o proprio executado pode ter adquirido bens, que pelo respectivo titulo acquisitivo ou pela qualidade em que os possui, não devam responder pela execução, tambem lhe é licito oppôr, como terceiro, embargos contra a execução de taes bens ⁽¹⁾.

O fundamento de facto para que pudessem ser admittidos embargos de terceiro, qualquer que fosse a natureza da acção exequenda, era, antes da applicação geral do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, *a)* ou o dominio sobre a coisa que fez objecto da condemnação ou que foi penhorada, *b)* ou simplesmente a posse, ou *c)* o dominio e posse conjunctamente. O art. 597 daquelle Reg., porem, exige que o terceiro embargante tenha *titulo habil e legitimo de propriedade* e ao mesmo tempo *posse natural ou civil com effeitos da natural*, e o art. 604 expressamente repelle embargos de terceiro que não seja ao mesmo tempo senhor e possuidor, ficando ao terceiro prejudicado direito salvo sobre o preço da arrematação.

Assim, devem hoje taes embargos ser technicamente denominados *de terceiro senhor e possuidor*, prejudicadas todas as questões e subtilezas dos praxistas concernentes a cada uma daquellas tres hypotheses do antigo processo civil.

Portanto, podemos definir taes embargos — a *opposição feita por terceiro a que a execução corra em bens que são de seu dominio e posse* ⁽²⁾.

⁽¹⁾ V g.: *a)* Si os bens são inalienaveis por testamento ou contracto — Ord. IV, II, 2; 4, 1 e 87, 12;

b) ou por disposição da lei, como no caso da Ord. IV, 91, 2 e 4;

c) si são dotaes, nos casos em que o direito civil proíbe a alienação — Ord. IV, 60 e 95, 4; e outros, que Ribas refere na *Consolidação*, art. 1365.

(²) Compreendendo-se na expressão *terceiro* o proprietário dos bens indicados na nota anterior.

§ 286

Como se processam

Os embargos de terceiro senhor e possuidor somente podem ser opostos nos mesmos dous termos marcados para os embargos do executado, isto é, ou nos seis dias da penhora ou depois do acto da arrematação ou adjudicação, mas antes da assignatura da respectiva carta (¹).

Vindo algum terceiro com embargos, ser-lhe-á concedida vista para os allegar e provar dentro em tres dias (²).

Si os não provar, ou si fôrem manifestamente calumniosos, serão rejeitados *in limine*, e a execução irá por diante (³). Si os provar, ou por documentos ou por testemunhas, serão recebidos, e ao embargado se dará o termo de cinco dias para os contestar (⁴). Depois terá logar uma dilação probatoria de dez dias, e arrazoando o embargante e o embargado no termo de cinco dias cada um, serão os embargos julgados afinal (⁵).

Correm nos proprios autos da execução, que fica suspensa; salvo si forem opostos somente a alguns dos bens penhorados. Neste caso correrão em apartado, proseguindo a execução quanto aos bens não embargados (⁶).

Recebidos os embargos, mandará o juiz passar mandado de manutenção em favor do embargante, que prestará fiança (⁷).

(¹) Reg. n. 737 de 1850, art. 596. (²) *id.*, art. 597.

(³) *id.*, art. 603.

(⁴) *id.*, art. 598.

(⁵) *id.*, art. 599.

(⁶) *id.*, art. 600.

(⁷) *id.*, art. 601.

— Si o exequente, sendo recebidos os embargos de terceiro, desistir da penhora nos bens embargados, e requerer outra penhora, cessará a discussão dos embargos, e a penhora dos bens penhorados será levantada — *idem*, art. 602.

SECÇÃO III

Do concurso de preferencias

§ 287

Noção geral

Em pararello com o principio geral de direito, já por nós explanado — que quem se obriga, obriga todos os seus bens — corre est'outro: que todos os bens do devedor são a garantia commum de quantos credores elle tenha.

Quer isto dizer: que correndo execução contra devedor de dous ou mais credores, e outros bens sufficientes não tenha o executado, podem os demais credores concorrer com o exequente na garantia que lhes offerecem os bens penhorados ao devedor commum. E como a lei substantiva, sem prejuizo do mencionado principio, estabelece entretanto, entre os titulos dos credores communs, certas primazias, de modo que uns devam ser pagos com precedencia sobre outros, deu-se a este concurso de credores á massa do devedor commum a denominação technica de *concurso de preferencias* (¹), que,

portanto, pode se definir com Pereira e Souza ⁽²⁾: *o juízo, pelo qual, no concurso de varios credores do devedor commum, sobre os bens deste, ou o seu producto, se dá a primazia ou vantagem áquelle ou áquelles que têm o melhor direito.*

Funda-se, portanto, o concurso de preferencias na insolvabilidade do devedor commum, quando varios credores exigem pagamento.

⁽¹⁾ Esta não é a unica feição sob que se pode apresentar o concurso de credores, como se pode em Lobão, que no § 484 lhe assignala varias outras; mas é a que exclusivamente entra no quadro do nosso *Curso*.

⁽²⁾ *Prim. Linhas*, § CCCCLX, quasi litteralmente reproduzido em Ramalho, h. t. § 1.º: “Preferencia é o juízo em que se declara a primazia ou vantagem daquelles que têm melhor direito sobre o producto ou bens do devedor commum; concorrendo em tempo muitos credores”. Muito boa é a definição de Paula Baptista, § 214.

§ 288

Condições do concurso de preferencias

Para se abrir o concurso de preferencias é preciso:

- 1.º Que o devedor commum esteja insolvel ⁽¹⁾;
- 2.º Que não seja commerciante ⁽²⁾;
- 3.º Que em qualquer termo da execução até a entrega do preço da arrematação, ou da extracção e assignatura da carta de adjudicação, tenham os credores protestado por preferencia e requerido que o preço não seja levantado ou não se passe a dita carta sem primeiro se decidir a prelação ⁽³⁾.

Este protesto não é necessario quando do registro do navio arrematado consta que elle está obrigado por algum credito privilegiado ⁽⁴⁾.

- 4.º Que cada credor se apresente munido de al-

gum dos titulos de divida aos quaes compete assignação de dez dias, ou sentença obtida contra o executado, independentemente de penhora ⁽⁵⁾.

5.º Citação dos credores conhecidos com a comminação de perderem a prelação que lhes competir ⁽⁶⁾.

(¹) Reg. n. 737, art. 609 § 1.º. Nem basta allegar que o executado não tem bens para pagamento de todos os seus credores; é preciso que o preferente prove a insolvabilidade do devedor commum — Accs. da Rel. do Rio, de 13 de Novembro de 1874 e 24 de Setembro de 1875, de que o Supremo Tribunal de Justiça negou revista por decisão unanime de 24 de Maio de 1876 (*O Direito*, XI, 436).

(²) *id.*, § 2.º. Porque, si o fôr, terá logar a fallencia — cit. Reg., art. 610 — e as preferencias se regularão nos termos do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890.

(³) *id.* § 3.º e art. 611. — Os credores que vierem depois daquelles termos usarão da acção ordinaria — cit. § 3.º *alin.*

(⁴) cit. art. 611 *alin.* comb. com o art. 556 § 3.º.

Nesse caso, o preço da arrematação do navio será conservado em deposito, em tanto quanto baste para solução dos creditos privilegiados constantes do registro; e não se poderá levantar antes de expirar o prazo da prescrição dos creditos privilegiados, ou se mostrar que estão todos pagos — Cod. Com., art. 477.

(⁵) cit. Reg., art 612. — Aquelles titulos são os enumerados no art. 247 do mesmo Reg.

(⁶) *id.*, art. 613.

— Aos credores desconhecidos fica salvo o direito para, por meio da acção ordinaria, disputarem a preferencia que lhes competir — cit. art., *alin.*

§ 289

Processo do concurso

A preferencia deve ser disputada no mesmo processo da execução, e é competente para instaurar o respectivo concurso o juizo onde se procedeu á arrematação dos bens (¹). Deve versar ou sobre o

preço da arrematação ou sobre os próprios bens si não foram arrematados ⁽²⁾, e não pode ser disputada sinão depois do acto da arrematação ⁽³⁾.

Quanto ao processo, nada de extraordinario offerece:

Citados os credores, e accusadas as citações, o credor promovente offerece os seus artigos e assigna a cada um dos outros o termo de cinco dias para successivamente offerecerem os seus ⁽⁴⁾.

Offerecidos todos, se assigna a cada um dos credores o termo de cinco dias para mutuamente se contestarem, na mesma ordem em que articularam ⁽⁵⁾.

Segue-se a dilação probatoria de vinte dias, finda a qual arrazoam os credores successivamente cada um no termo de cinco dias, e vão conclusos os autos para que o juiz julgue a preferencia a quem competir ou mande que se proceda a rateio no caso de não haver credores preferenciaes ⁽⁶⁾.

Desta sentença haverá appellação no effeito devolutivo somente ⁽⁷⁾.

A disputa pode versar não somente sobre a preferencia que cada um allega, sinão tambem sobre a nullidade, simulação, fraude ou falsidade das dividas ou contractos ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, arts. 606 e 605.

— E' nulla a sentença, que decretando a adjudicação de um immovel ao exequente, conheceu e julgou ao mesmo tempo a preferencia que o mesmo exequente tinha sobre os mais credores do executado, de alguns dos quaes era elle cessionario, sem que fosse instituido o respectivo concurso de preferencias — Acc. do Supr. Trib. de Justiça, de 22 de Julho de 1882 (*O Direito*, XXIX, 36).

⁽²⁾ cit. Reg., art. 607.

— Assim, é nulla a sentença, que tendo de julgar preferencias, decreta a nullidade da penhora já resolvida na execução — Acc. revisor da Rel. de Porto Alegre, de 27 de Maio de 1890 (*O Direito*, LIII, 29).

⁽³⁾ cit. Reg., art. 608.

⁽⁴⁾ Art 614.

O Inst. dos Advogados Brasileiros discutiu, em sessão de 22 de Abril de 1858, a these: Quem se deve presumir que promove o concurso de preferencias — o exequente ou o credor que protestou por ellas?

O famoso advogado Caetano Alberto entendia que nem um nem outro, pois não via razão de presumpção mais em favor ou contra um, do que em favor ou contra o outro. E depois de citar os arts. 611 a 614 do Reg. n 737, *cujo foi um dos confeccionadores*, concluiu — que os credores concurrentes têm todos iguaes direitos; figuram todos de auctor e de reo igualmente; o que faz citar os outros é o que promove o concurso. Si foi, portanto, o exequente que teve pressa, que desejou seguir o pleito, é elle quem primeiro tem de offerecer os seus artigos.

Perdigão, Thomaz Alves e outros concordaram com Caetano Alberto, contra Bandeira de Mello, Sá e Benevides, Firmo Diniz, Alvares de Azevedo e outros, que entendiam ser o credor protestante.

Por 7 votos contra 6 se decidiu — *que se considera como promotor do concurso de preferencias aquelle credor que manda citar os outros para esse concurso, não importando que esse credor seja o exequente ou qualquer outro.*

Nem pode haver duvida sobre a correcção desta these.

⁽⁵⁾ Art. 615.

⁽⁶⁾ Art. 616.

⁽⁷⁾ Art. 636.

No antigo processo civil tinha esta appellação os dous effeitos — Pereira e Souza, § CCCCLXXVI.

⁽⁸⁾ Art. 617.

— Ao executado, alem dos embargos auctorisados nos arts. 577 e 578 do regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, não é permittido oppor contra as escripturas de hypothecas outros, que não os de nullidades de pleno direito, definidas no mencionado regulamento e das que são expressamente pronunciadas pela legislação hypothecaria; subsistindo em vigor, quanto aos credores, as disposições dos arts. 617 e 686, §§ 4.º e 5.º do dito regulamento, sem prejuizo das prescripções do § 5.º do art. 240 e do § 8.º do art. 292 do regulamento n. 3453 de 26 de Abril

de 1865, para os casos que não forem de insolvabilidade ou de fallencia — Dec. n. 169 A de 1890, art. 15.

— Aberto o concurso de preferencias nos casos do art. 609 do Reg. n. 737 de 1850, podem contestar a validade das escripturas de hypothecas tanto os credores hypothecarios como os chirographicos; sendo licito a uns e outros articularem quaesquer nullidades não só de pleno direito, como as resultantes de simulação, dolo e falsidade das dividas executadas para impedirem o effeito de contractos celebrados em fraude da execução (Reg. n. 737 de 1850, arts. 617 e 688 §§ 4.º e 5.º e art. 5 da Lei n. 3272 de 5 de Outubro de 1885.) — Decr. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 80.

§ 290

Da graduação dos creditos

Mais de direito material do que judiciario, foi esta materia mal incluída no Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e tão mal, que não sendo possível se dar concurso de preferencias em materia commercial, pois que, como já dissemos, a insolvabilidade do commerciante importa *ipso jure* em fallencia, aquelle Regulamento, no art. 618, regulou as preferencias no caso de insolvabilidade de devedor civil, aliás contra o seu proprio conteúdo, que era *regular a ordem do juizo no processo commercial*, e não obstante ali se suppôr o concurso de credores commerciaes, pois que não será tal concurso que só por si hade abrir aquelle juizo.

A graduação dos creditos não é materia de processo. O juiz do concurso de credores, como bem diz o art. 616, *julgará a preferencia a quem competir*, e a preferencia não a fazem as formulas processuaes, sinão as regras substantivas do direito material.

No *Curso do processo ordinario*, portanto, só tínhamos de estudar a materia sob o ponto de vista da forma segundo a qual os credores e o juiz devem agir, aquelles para obter, este para decretar a preferencia a que cada qual dos primeiros se julga com direito ⁽¹⁾.

Quanto á definição legal dos creditos e respectivas preferencias, é assumpto alheio ao nosso *Programma*; apenas daremos, pelo que toca ao direito judiciario em geral, rapida noticia dos principios fundamentaes acerca deste assumpto, um dos mais imperfeitos e emmaranhados do nosso direito.

I. A lei brasileira regulará em todo caso a classificação ou graduação dos creditos ainda que se trate de executar sentença de tribunal estrangeiro, devidamente homologada ⁽²⁾.

II. O concurso de credores, alem do caso que particularmente nos occupa, isto é, nas execuções de sentenças civis ou commerciaes, pode ter logar:

a) nos casos determinados pelo Codigo Commercial e Lei das Fallencias ⁽³⁾;

b) nos inventarios, quando o herdeiro acceita a herança a beneficio do inventario ⁽⁴⁾.

III. Nas fallencias e liquidações commerciaes, si não ha o concurso de preferencias nos termos e forma do que faz objecto especial do nosso *Curso*, todos os credores reconhecidos são pagos pela massa segundo a ordem seguinte:

a) Credores da massa;

b) Credores reivindicantes;

c) Credores separatistas;

d) Credores da fallencia, os quaes se subdividem em tres classes, a saber:

1.º Credores com privilegio sobre todo o activo, salvo hypotheca devidamente inscripta e anterior;

2.º Credores com privilegio sobre determinados bens, salvo hypotheca anteriormente inscripta;

3.º Credores com hypotheca legal ou convencional inscripta.

e) Credores simples ou chirographarios ⁽⁵⁾.

IV. No concurso de credores de devedor civil, as preferencias se regularão na ordem seguinte;

a) Credores de dominio;

b) Credores separatistas;

c) Credores privilegiados;

d) Credores hypothecarios;

e) Credores chirographarios ⁽⁶⁾.

V. Dissemos no § antecedente que a disputa pode versar não somente sobre a preferencia que cada credor allega, sinão tambem sobre a nullidade, simulação, fraude ou falsidade das dividas ou contractos; entretanto, si entre os credores algum houver com hypotheca inscripta em primeiro logar e sem concorrência, a disputa não poderá versar sinão sobre o ponto restricto da preferencia. Qualquer dos referidos vicios só por acção ordinaria pode ser pronunciado ⁽⁷⁾.

VI. Os credores preferem uns aos outros pela ordem em que forem classificados, e na mesma classe preferem pela ordem da respectiva enumeração ⁽⁸⁾.

VII. Tendo o devedor diversos patrimonios, e havendo credores para cada um delles, as massas serão separadas para cada qual pagar aos respectivos credores ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Vid. § 29 nt. 2^a.

⁽²⁾ Dec. n. 6982 de 27 de Julho de 1878, art. 6; Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 101.

— A interpretação, porem, da sentença e seus effeitos immediatos serão determinados pela lei do paiz onde tal sentença foi proferida — cit. Dec. n. 6982, arts. 6 e 7; Dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, Part. V, art. 11.

(³) Como sejam: *a*) na cessão de bens; *b*) na fallencia; *c*) na concordata por abandono; *d*) na liquidação da herança de algum commerciante que falleceu sem deixar socio, ou mesmo de alguém, que não sendo commerciante, fallecer sem testamento nem herdeiros presentes, e tiver credores commerciaes (Cod. Com. art. 310); *e*) na liquidação forçada das sociedades de credito real e *f*) na das sociedades anonymas — Vj. as fontes legaes em Carlos de Carvalho, *Nova Consol. das Leis Civ.*, art. 1921.

(⁴) cit. Carlos de Carvalho, let. *d*).

(⁵) cit. Dec. n. 917 de 1890, tit. V.

(⁶) cit. Carlos de Carvalho, art. 1936.

O Reg. n. 737 de 1850, art. 619, não se refere aos credores separatistas, criação do Dec. n. 917 de 1890, mas que bem podem concorrer á liquidação da massa da pessoa não commerciante, e terem a preferencia que lhes competir.

(⁷) Dec. n. 169 A de 1890, art. 19 §§ 1 e 2; Dec. n. 370 de 1890, arts. 395 e 396.

(⁸) Reg. n. 737 de 1850, art. 624.

(⁹) cit. Carlos de Carvalho, art. 1925.

— As sobras que houver de uma das massas augmentarão as outras — cit. art. 1925 § unico.

TITULO II

Dos incidentes dos processos em geral

CAPITULO I

Da Reconvenção

§ 291

Noções geraes da compensação e da reconvenção

Dando noticia geral dos modos da defesa do reo, dissemos no § 102 que um delles consistia na allegação de ser tambem elle reo credor do auctor; e porque, na concorrência de dous creditos, mais logico e facil é que estes sejam balanceados, para que pague tão somente aquelle dos credores que tiver saldo contra si, deu o direito á compensação de duas dividas o effeito de as extinguir até a cifra da respectiva concorrência. O reo oppõe ao auctor, como compensação, a importancia de credito seu; e como compensar é pagar, a acção fica prejudicada em tanto quanto importa o credito do reo, de modo que, si este igualar ou exceder ao do auctor, será o reo absolvido da acção, pois que esta ficou sem objecto ou razão de ser, si fôr menor, será condemnado a pagar tão somente a differença. Nem havia razão para se excluir da actividade judiciaria aquella commum e fatal acção da moeda no movimento economico, e que precisamente representa a sua maxima importancia: operar o mais com o menos ⁽¹⁾. E assim como, no movimento commercial,

com quantidade minima de dinheiro se operam innumeras e grossas transacções, tambem em juizo podem varias dividas solver-se sem deslocação de dinheiro ou mediante minimo numerario. Nem é propriamente o juiz, como diz Laurent ⁽²⁾, quem pronuncia a compensação; elle não faz mais do que declarar si esta existe ou não ⁽³⁾. Eis ahi porque, talvez calcada sobre o fr. II *de Jurisd.* (II, 1), a Ord. do Liv. 4.º tit. 78 pr. diz que a compensação, como *desconto de uma divida a outra, foi introduzida com razão e equidade, porque mais razão é não pagar algum o que deve, se lhe outro tanto é devido, que pagallo, e depois repetil-o, como cousa que não era devida.*

Mas, para que este encontro de contas se possa operar independentemente de acção do reo contra o auctor, sinão mediante simples reclamação, e só por effeito de simples operação arithmetica que o juiz possa incontinenti verificar, como diz Demolombe ⁽⁴⁾, *sur le bureau même*, é inicialmente preciso, ainda na phrase da citada Ord., *que se allegue de quantidade a quantidade.*

Do verdadeiro sentido desta passagem começará a resultar a figura juridica da compensação, bem como, por antithese, a noção geral de *reconvenção*.

Esse sentido está explicito na mesma Ord.: *E quantidade quer dizer, cousa que consiste em conta, assim como é o dinheiro, ou em peso, assim como cera, ou em medida, assim como azeite, e outros semelhantes.*

Isto agora, diz a theoria, quer dizer que a compensação só se opera sobre *coisas fungiveis*, ou *res quæ numero, pondere, mensura consistunt*, isto é, coisas consideradas tão somente por seus caracteres genericos, independentemente de qualificações individuasdas ⁽⁵⁾ e *consumiveis*, isto é, que se gastam

com o uso, ou naturalmente, como a cêra, o azeite e coisas semelhantes ⁽⁶⁾, ou civilmente, como o dinheiro, que só para quem o despende se consome ⁽⁷⁾. Proseguindo, completa a Ordenação o sentido que da compensação estamos firmando: *E portanto, se um homem é obrigado e devedor a outro em certa quantidade de dinheiro, cera, azeite, ou outras semelhantes cousas, o qual lhe é devedor em outro tanto, mais ou menos, desconte-se uma divida pela outra, EMQUANTO AMBAS CONCORREREM...*

Daqui decorrem os outros dous caracteres fundamentaes da *compensação*: *a)* que o credito do reo seja liquido e provado, *b)* que as duas contas mutuamente se descontem em tanto quanto ambas concorrerem.

O primeiro está consignado no § 4.º da citada Ord., que explicitamente exclue este modo de defesa do reo *quando a divida de que se faz compensação é incerta, e a divida principalmente demandada é liquida, certa e clara* ⁽⁸⁾. Como hade o juiz descontar, do pedido certo e provado do auctor, o credito incerto do reo, sem que este, em acção competente, prove que é credor? O segundo mais não é do que consequencia necessaria do outro: como hade o auctor ser condemnado no excesso que por ventura tenha a conta de que se faz compensação, sem que antes, em acção competente, convencido seja de ser devedor?

Portanto, na compensação, contra o pedido de coisa numerada, pezada ou medida não só o reo deve unicamente pedir numero, pezo ou medida liquida e certa, como não pode obter que a condemnação do auctor vá alem do quanto este mesmo pede para si, quando por ventura o credito delle reo seja maior do que o do auctor ⁽⁹⁾.

Tal é a *compensação*.

Entretanto, pode succeder que a conta do reo não só não tenha origem identica á da do auctor, isto é, *não seja de quantidade a quantidade*, como tambem que dependa de discussão e prova, isto é, *não seja clara, certa e liquida*, e não sendo justo que, só por taes circumstancias, pague elle primeiro ao auctor aquillo em que fôr condemnado para depois pedir, por acção distincta, que seja o mesmo auctor condemnado a lhe pagar aquillo de que é credor; sendo, por outro lado, justo e razoavel que o auctor seja condemnado a pagar ao reo, seu credor, no mesmo juizo e feito em que o veiu demandar como seu devedor ⁽¹⁾; mas tambem sendo certo que, si os principios fundamentaes do direito judiciario exigem que o auctor não seja condemnado como devedor do reo sem ser por meio de acção, por outro lado igualmente exigem que nunca se perca de vista a razão politico-economica do processo, por nós referida no § 5.º, isto é, proporcionar maxima garantia do direito mediante minimo esforço ou sacrificio da liberdade individual — a theoria do processo, desde os romanos, deu ao reo, que é credor do auctor, a faculdade de o demandar na mesma causa em que por elle é demandado. Formam se dest'arte duas demandas mutuas: a originaria, que os jurisconsultos romanos chamavam *conventio*, e a segunda, opposta áquella pelo reo — *reconventio*.

Tal é a *reconvenção*.

(1) Si assim não fosse, nem toda a moeda de um paiz chegaria para a liquidação das transacções existentes. Por exemplo, na Inglaterra, em 1850 pouco mais ou menos, a desproporção entre os pagamentos a prazo e o valor do dinheiro existente era esta — £. 500.000.000; £. 70.000.000! (Macleod, *Elem. of Pol. Econ.*, *Preliminary*, n. 22). Imaginae hoje !

(2) XVIII, n. 474.

(3) Não quer isto dizer que o juiz pronuncie *ex-officio* o

reciproco desconto que a compensação possa operar no que o auctor e o reo mutuamente se devam. Sem que o reo peça o desconto, não o pode juiz declarar; por isso diz a Ord. IV, 78 pr. — *comtanto que se allegue*. “Sem que a parte opponha a compensação, o juiz certamente não pode advinhar qual seja seu credito; mas, quando se diz que a compensação opera seus effeitos *ipso jure*, é no sentido de que ella age retroactivamente, e de tal sorte, que se reputa ter ficado extincta a divida desde o momento em que a outra divida começou a existir. A parte pois allega que a compensação se fez, e o juiz, devidamente instruido, assim o declara. As consequencias desta doutrina são importantes, porque desde o momento da compensação as cauções e hypothecas tambem se extinguem, e os juros cessam de correr.” (Teixeira de Freitas, *Consol.*, nt. ao art. 841).

(⁴) XXVIII, n. 524.

(⁵) São as coisas que podem ser dadas em mutuo, ao envez das que fazem objecto do commodato. *Mutui datio consistit in his rebus, QUAE PONDERE, NUMERO, MENSURA CONSISTUNT; quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia IN GENERO SUO functionem recipiunt per solutionem magis, quam SPECIE* — fr. 2 § 1.º de reb. cred. (XII, I).

(⁶) Serafim, *Istit. de Dir. rom.*, 3.ª ed. p. 81. — Ords IV, 50 pr. e 53 § 1.º, que ainda dão como exemplos — o *vinho, trigo ou qualquer outro legume*.

(⁷) Que podem ser exacta e identicamente substituidas umas pelas outras: *quarum una alterius vice fungitur*. E porque as coisas infungiveis não podem ser substituidas por outras, pois que são devidas em especie, individualmente, não são susceptiveis de compensação — *quia aliud pro alio, invito creditore solvi non potest* — cit. fr. 2 § 1.º de reb. cred.

(⁸) Já a L. de 25 de Março de 1821, mandada observar pela de 20 de Outubro de 1823, dizia que a *compensação de divida liquida é conforme á justiça natural*. Diz assim o art. 439 Cod. Com.: Si um commerciante é obrigado a outro por certa quantia de dinheiro ou effeitos, e o credor é obrigado ou devedor a elle em outro tanto mais ou menos, sendo as *dividas ambas igualmente liquidas e certas*, ou os *effeitos de igual natureza e especie*, o devedor que fôr pelo outro demandado tem direito para exigir que se faça compensação ou encontro de uma divida com a outra, *em tanto quanto ambas concorrerem*.

Eis ahi, nas palavras sublinhadas, os já expostos característicos da compensação.

Que é, porém, divida liquida e certa?

A cit. Ord. Liv. 4.º tit. 78 § 4.º diz que é a divida provada, *ibi: por confissão da parte, ou por outra alguma prova*. O Dec. n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888, dando regulamento para o processo executivo fiscal, usa, no art. 2.º, reproduzido no art. 190 do Dec. n. 848 de II de Outubro de 1890, de uma phrase que por si bastaria para definir o que seja divida liquida e certa. Eis a disposição: Considerar-se-á a divida liquida e certa, para o effeito da fazenda nacional entrar em juizo com sua INTENÇÃO FUNDADA DE FACTO E DE DIREITO, *quando consistir em somma fixa e determinade, e se provar...* (e enumera varias especies de prova). A phrase *intenção fundada de facto e de direito*, resumindo a que se lhe segue, *somma fixa e determinada* e mais *provada*, dá bem a definição procurada. Liquida e certa é a divida quando vem logo fundada em prova authentica e em direito incontestavel. Certeza e liquidez, como condições de exigibilidade em compensação, reciprocamente se dependem — quer dizer: a divida não basta ser certa, porque precisa ser liquida, nem basta ser liquida, porque precisa ser certa — Laurent, vol. cit. n. 397 e segs. Seria antes certo que, si bastasse alguma daquellas duas condições, essa seria provavelmente a da liquidez, não a da certeza — Castellari, ás *Pandectas* de Glück, vol. XI pag. 170 e segs. Mais do que a fixidez inicial da quantia ou quantidade pedida vale a liquidez do pedido, no facto e no direito; mesmo porque, como diz Pothier, *Obligations*, n. 628, uma divida é liquida, quando é certo *que se deve e quanto se deve: eum certum est an et quantum debeatur* — o que é precisamente o que diz a nossa Ord., que chama *liquida, certa e clara* á divida *confessada ou por outro modo provada*.

Modernamente, o insigne Giorgio Giorgi (*Obbligazioni*, vol. 8.º, 3.ª ed. n. 20) disse isso mesmo com precisão maxima: LIQUIDO é parola usata in questo tema nel senso generale di non litigioso. Illiquido pertanto dicesi un credito, quando si può dubitare, AN, QUID, QUALE, QUANTUM DEBEATUR.

E' por isso que, quanto á fixidez, ensinam os tratadistas não ser indispensavel que ella coincida com a reclamação, bastando que facilmente, *sur le bureau même*, possa ser determinada — Vid. o cit. Demolombe, XXVIII n. 524;

Merlin, *Répert.*, vb. *Compensation*, § 2.º n. 1; Toullier, IV n. 411. Assim, não faz incerta a dívida a circunstância de se fazer preciso contar juros, nem a de depender da execução a fixidez do saldo — acc. da Rel. do Rio, de 18 de Dezembro de 1874 (*O Direito*, VI, 485). Também os pagamentos em conta não tornam illíquido o título creditorio — Rev. n. 8824 de 15 de Outubro de 1875.

(^o) Deve, porém, notar-se, que nem sempre, por se dar esta allegação de quantidade a quantidade, cabe a compensação. A lei expressamente consigna alguns casos que a excluem.

Assim:

1.º) Si alguém, sendo demandado pela entrega de certa quantia, ou outro qualquer valor dado em guarda ou depósito, allegar que o credor lhe é devedor de outra igual quantia ou valor, não terá logar a compensação, e ser obrigado a entregar o depósito; *salvo si a sua dívida proceder de título igual* — Cod. Com., art. 440; Reg. n. 137, art. 278; Ord. IV, 78 § 1.º — “Porque o contracto da guarda e depósito, diz a Ord., é de tal natureza, que não admite compensação alguma de caso, que não seja privilegiado como elle”.

2.º) Em caso de força, roubo, furto ou qualquer outro semelhante — cit. Ord. § 2º E’ a regra *spoliatus ante omnia restituendus*, que aqui recebe applicação.

3.º) Em caso de alimentos, *porque esta é dívida tão favoravel, que não soffre ser-lhe opposta compensação de outra dívida, ainda que seja de quantidade* — cit. Ord. § 3.º — *Venter enim moram non patitur, sed subsidium desiderat.* — Lima, *ad Ord.* III, 78, 3 n. 7.

4.º Nas causas que se tratam perante juizes arbitros, pois que a respectiva jurisdição é improrogavel dentro dos restrictos termos do compromisso — Ord. III, 33, 8; const. 1.ª *de recept. arb.* (II 56).

5.º Nas acções de nullidade dos actos nullos e annullaveis de que trata a Lei de Fallencias — Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 35 § 2.º

6.º Nas execuções fiscaes. Quando os executados entenderem ter direito a taes liquidações, compensações ou encontros, deverão allegal-o perante o thesouro ou thesourarias, e apresentar em juizo as decisões que lhes forem favoraveis,

com a reforma das contas ajuizadas — Dec. n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888, art. 40.

⁽¹⁰⁾ Esta é a razão mais geral que os escriptores assignam á prorrogação da jurisdição em que importam as reconvenções.

“Il *forum reconventionis*, adunque, si considerava nella procedura comune tedesca siccome introdotto per qualunque azione, che, durante il giudizio, il convenuto intenta contro l’attore nel Foro, da questi adito competentemente avverso di lui. La ragione di siffatto Foro consisteva nella inversione della norma fondamentale, *actor sequitur forum rei*, consigliata da questa riflessione: non essere ingiusto di esigere dall’attore, il quale pretende diritto, quasi a titolo di reciprocità, che egli soffra che altrettanto il suo avversario possa richiedere dal medesimo giudice”. cit. Castellari, pag. 168 nt. *u*.

Nem outra nos dá a Ord. L. 3.º tit. 33 § 3.º

§ 292

O que é RECONVENÇÃO

Podemos agora definir a *reconvenção*: é a *acção do reo contra o auctor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ou mais detalhadamente, com Strychio, adoptado em Lobão, *Seg. Linh.* N. 316 n. 1; *Reconventio est actio a Reo contra Actorem coram eodem judicio super eadem, vel diversa causa vicissim instituta, ut e contrario quod sibi debetur*.

§ 293

Seus caracteristicos

De tudo quanto precede, resulta:

I. Que a *reconvenção* é *verdadeira acção*; e o é porque, em contrario da contrariedade e da excepção,

que são exclusivamente meios de repellar, envolve ella *petitorio*; e si a compensação é tambem meio de pedir, já vimos que differe da reconvenção em varios pontos, dos quaes é predominante este — não é acção ⁽¹⁾.

II. Que, sendo verdadeira *acção*, proroga necessariamente a jurisdição do juiz que começou a conhecer da causa do auctor reconvindo, ⁽²⁾ salvo si ella fôr improrogavel *ratione materiæ* ⁽³⁾.

III. Que, por esta mesma razão não pode o reconvindo declinar do fôro nem averbar de suspeito o juiz, salvo si fôr superveniente a causa da suspeição ⁽⁴⁾.

IV. Que, sendo verdadeira *acção*, tão livre é no seu uso o reconvinte quanto o seria no das acções que principalmente intentasse para defesa dos seus direitos ⁽⁵⁾.

V. Que, por esta ultima regra, pode o reconvindo oppôr qualquer excepção ou defesa que tenha contra a reconvenção, com tanta liberdade quanta a do reconvinte contra a acção.

⁽¹⁾ E o não é porque, como já se mostrou, na compensação nunca o auctor poderá ser condemnado, por isso que a compensação só opera até a concorrente quantia por elle mesmo pedida, ainda que maior seja o credito do reo; ao passo que na reconvenção, si o auctor reconvindo dever ao reo reconvinte mais do que lhe pede, só elle será condemnado. A compensação tem apenas o effeito de destruir creditos iguaes que mutuamente se contrariavam; a reconvenção firma relações de direito differentes.

E' verdade que toda reconvenção envolve compensação, mas tomado este vocabulo no sentido geral, não no da technica do direito judiciario.

⁽²⁾ *Quidem Judex, qui alioquin ex sua jurisdictione non erat competens, fit competens prorogata ejus jurisdictione per viam reconvencionis* — Scaccia de Rejud., apud Lobão, Seg. Linh. Nt. 316, n. 3.

Veja-se o que dissemos na not. 1.^a ao § 43. Esta prorrogação não vem do mesmo principio sobre que se funda a theoria geral da continencia, pois que a reconvenção não é propriamente uma *causa continens*, mas autonoma. Processa-se *coram eodem iudice conventionis* pela razão meramente logica de ser *secunda conventio*: RE-conventio, mas não porque *as acções e as reconvenções*, como se diz na Ord. Liv. 3.^o tit. 33, sejam causas connexas.

E o não são, até porque devem sempre ser julgadas por uma só sentença, em contrario do que succede com as connexas, que muitas vezes o podem ser por sentenças successivas. Assim nas questões de posse e propriedade, que, por serem connexas, devem ser julgadas pelo mesmo juiz, mas aquella antes desta — const. 3.^a *de reivind.* (III, 32); Castellari, cit., p. 223.

(³) Vj. § 43, 1.^o vol. pag. 195.

Quer isto dizer: que a reconvenção não pode ser proposta perante juiz que não seja competente *ex ratione materiae* ou *causae* para conhecer della, sendo principalmente intentada, pois que a prorrogação da jurisdicção só se estende ás pessoas, não ás causas — Ord. III, 33, 5.

(⁴) cit. Ord. § 3.^o; III, 21 pr.: *porque a suspeição que vem de novo, se pôde pôr em todo o tempo antes da sentença.* — Barbosa, á Ord. III, 33 n. 2.

(⁵) Daqui vem que:

a) *In reconvensione experiri potest, non tantum super eodem negotio, verum etiam diverso, et quibuscumque causis coram eodem Iudice* — Scacc, *apud* Lobão, loc. cit.

b) Pode o reconvinte pedir do reconvindo mais do que este lhe pede — *de maiori quantitate* — e, como se viu *supra*, vir o auctor afinal a ser condemnado — cit. Scacc.

c) Applicam-se á reconvenção todos os principios e regras que foram até aqui expostas acerca das acções.

§ 294

Quem pode e contra quem se pode reconvir

Precisamente porque a reconvenção não é mais do que a acção do reo contra a acção do auctor *in eodem iudicio deducta*, segue-se a regra geral —

que todo reo pode reconvir contra todo auctor. A capacidade activa ou passiva concernente á reconvenção se mede pela que permite estar em juízo para accionar ou ser accionado. Assim, podem ser reconvintes todos quantos podem ser auctores, e reconvindos, os que podem ser reos ⁽¹⁾.

Entretanto, a theoria corrente tem posto varias limitações a esta regra. Assim, não pode reconvir:

a) O reo que declina do fôro, porque o mesmo juízo não pode ser e não ser ao mesmo tempo competente ⁽²⁾. Mas bem entendido — emquanto declina, porque, si decae da declinatoria, nada obsta que venha com a sua reconvenção perante o juízo cuja jurisdição ficou firmada ⁽³⁾.

b) O reconvindo, porque aliás se prolongariam indefinidamente as acções ⁽⁴⁾.

Não pode ser reconvindo o *auctor* que vem a juízo não em seu proprio nome, mas representando outrem, como si é tutor ou curador, procurador, etc. ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Pereira e Souza, CXXXVI; Ramalho, h. t. § § 3 e 4.

⁽²⁾ *Idem.* Nt. 316.

⁽³⁾ Moraes Carvalho, not. 194.

⁽⁴⁾ cit. not de Pereira e Souza, *apud* Cardoso *in Prax.* vb. *Reconventio*, n. 28; Voet, *ad Pand.*, *De judic.* n. 28; Mendes, P. 2 L. 3 c. 8 n. 9. — *Reconventio reconventionis fieri non potest*, diz Cardoso.

⁽⁵⁾ Brunneman, *de process.*, c. 10 n. 14; Mendes cit. n. 17.

— Pereira e Souza, N. 316, sobre Voet *ad Pand.*, *De jud.* n. 89, ensina que tambem não pode ser reconvindo o *chamado á auctoria*, que é aquelle de quem o reo houve a coisa demandada e é por elle intimado para que venha a juízo defender a propriedade della; e accrescenta, sobre a Ord. L. 3.º tit. 45 § 7.º: “excepto si este (o chamado á auctoria) toma a si a defesa da causa, consentindo o auctor, ou ainda sem esse consentimento, prestando fiança.”

Lobão, *Seg. Linh.*, Nt. 316 n. 5, censurando a presente licção de Pereira e Souza, que qualifica de inconsiderada, diz que o mesmo Souza veio a dizer na Nota 362 o con-

trario do que aqui havia escripto. Lobão é que foi considerado. Não só a licção devia ser aquella, como não houve em Souza incoherencia alguma, pois que, tendo dito no § CLXVIII que o chamado á auctoria podia reconvir, pondera na not. 362 que *isto procede nos termos apontados na not. 316*.

Entretanto, nos parece ser hoje fóra de duvida que o chamado á auctoria pode em qualquer caso ser reconvindo. Assim pensamos porque, como em breve se vai vêr, a auctoria é hoje exclusivamente regulada pelo Reg. n. 737 de 1850, e este alterou radicalmente o direito das Ordenações na parte em que fazia depender da vontade do auctor principal o ficar ou não o chamado á auctoria na posição de reo.

§ 295

Causas que não admittem reconvenção

E' tambem regra geral que a reconvenção tem logar em quaesquer causas reaes ou pessoas (¹), ainda que o auctor queira desistir da acção (²).

Entretanto, como em toda reconvenção se contem implicita uma compensação, segue-se que a reconvenção é excluida nas mesmas causas que não admittem compensação (³).

(¹) Esta regra os escriptores em geral a deduzem do fr. 22 *de judiciis* (V, I), no qual Paulo firmou a outra regra já analysada: *Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem iudicem mitti*. Quer dizer: Si alguém demanda outrem perante juiz a cuja jurisdicção não esteja sujeito, fica obrigado a, nesse juizo, se defender das accções que lhe propuzer aquelle que elle proprio fez citar perante aquelle mesmo juiz. — *Hoc jus*, diz Pothier (*ad Pand.*, II n. XX), *confirmat Justinianus in l. 14 Cod. de sent et interlocutionibus*. Daqui, diz-se, si não ha limites á proposição das accções não os ha tambem á das reconvenções. A posição de reconvindo é consequencia irremovivel da de auctor porque a de reconvinte tambem o é da de reo. Só a lei pode restringir a faculdade de accionar, e desde que o auctor veiu com a sua acção,

liberdade tem o reo de oppôr a sua. *Reconventio in omnibus causis permissa, NISI quatenus reperiatur EXPRESSE PROHIBITA.*

(²) Bem entendido, si a causa já não estiver *re integra*. Perfeita é a licção de Cardoso, *in Prax.*, vb *Reconventio*, n. 29: “Reconventus post quam fuit præventus per reconventionem, non potest renunciare iudicio suæ conventionis, ad effectum, ut non reconveniat, quoniam semel fuit jus acquisitum adversario, ex illa præventionem reconventionis, quoad tamen non erit si res esset integra, quia tunc bene poterit renunciare suæ actioni.”

Lobão, *Seg. Linh.*, N. 318, pergunta: si contrariando o reo a causa sem logo reconvir, pode o auctor, para evitar a futura e ainda possível reconvenção no termo da treplica, desistir da causa depois de assim contrariada ? E segue a negativa em principio com Cortead., Dec. n. 242 n. 48, o qual, aliás, não é correcto quando pretende que *licet regulariter actor possit in totum Liti renunciare*, INVITO REO, ETIAM LITI CONTESTATA, e isso não obstante o tal *quasicontracto* que, como espirituosamente diz Lobão, *o direito FINGE entre as partes*. Não pode porque, como já se disse, com a contrariedade, começa a contestação da lide, e desde então ficam as partes sujeitas á decisão da causa, de modo que o reo, com ella, adquire direito ao julgamento, de modo que, sem consentimento seu, não pode o auctor desistir da acção.

Mas si aquella questão podia ser levantada ao tempo em que vigorava a Ord. Liv. 3.º tit. 33, que permittia a reconvenção em qualquer termo da causa, menos na instancia da appellação (§ 7.º), perdeu toda razão de ser depois que o Reg. n. 737 de 1850 tem applicação geral, e segundo este, como se vai ver no § seguinte, a reconvenção só é admittida quando proposta simultaneamente com a contestação.

(³) Que são as enumeradas no § 291.

§ 296

Processo da reconvenção

Querendo o reo reconvir, proporá o seu libello de reconvenção simultaneamente com a contestação

no mesmo termo para esta assignado, e sem dependencia de previa citação do auctor ⁽¹⁾.

De então em diante seguem a par as duas acções. Produzidas a reconvenção e a contestação, se assignará ao auctor reconvindo o termo de quinze dias para a contestação da reconvenção, e replica da acção. Depois se assignará ao reo reconvinde igual termo para a replica da reconvenção e treplica da acção. Finalmente se dará ao auctor reconvindo vista por dez dias para a treplica da reconvenção. Si a qualquer destas peças a parte oppuzer negação geral, seguir-se-á o que dissemos no § 107 ⁽²⁾.

Consummada a contestação da lide respectivamente ás duas acções, segue-se uma só dilação probatoria para a acção e a reconvenção, e depois de produzidas as razões finaes, será a reconvenção afinal julgada conjunctamente com a acção e pela mesma sentença ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Não era assim no antigo processo civil das Ords. Para a reconvenção devia haver citação pessoal, salvo si o auctor estava ausente e a acção tinha sido proposta por procuração geral; então podia ser citado o procurador, ainda que houvesse reserva de nova citação — Ord. III, 2 pr.

⁽²⁾ Si o reo contestar por negação geral a acção e produzir artigos de reconvenção, terá o auctor apenas de contestar a reconvenção; e si este o fizer por negação geral, ficam desde logo em prova as duas acções.

Si o auctor replicar por negação geral á acção e contestar por artigos a reconvenção, o reo só terá que replicar á reconvenção; mas si replicar por artigos á acção e contestar por negação geral a reconvenção, o reo só terá que replicar á acção.

Si o reo replicar por negação geral á reconvenção, ou sempre que, em uma palavra, houver negação geral, a respectiva acção fica desde logo em prova. A respectiva dilação será assignada simultaneamente ás duas acções si em ambas houver negação geral ou esperará que se consumma a contestação da lide da outra, de modo que as duas corram

pari e passu, o que os escriptores chamam impropriamente privilegio da reconvenção. E dizemos impropriamente porque, sendo todo privilegio uma excepção *contra tenorem juris* ou *rationis*, aquillo não é mais do que consequencia natural e espontanea da propria situação das partes. Nada ha ali de privilegio — Lobão, N. 328, chama a isso simplesmente *effeito*.

(³) Reg. n. 737 de 1850, arts. 103-109. Bem pode o juiz julgar provadas as duas acções, condemnando reciprocamente as duas partes de modo que na execução, si a sentença não fôr desde logo liquida, se compense o que fôr de compensar, afim de ser executado aquelle que tiver afinal saldo contra si. Tambem pode condemnar só o reo pela acção ou o auctor pela reconvenção.

— Cessa esta simultaneidade dos dous processos, dizem os escriptores, quando a acção é de natureza differente da reconvenção, como no caso, diz Pereira e Souza, n. 329, em que aquella é *summaria* e esta *ordinaria*.

Mas esta licção, em vista da nossa actual organização judiciaria, não pode ser accepta. Si a acção fôr *summaria* quanto ao valor, e portanto entrar na competencia dos juizes de paz, não poderá caber reconvenção si esta fôr de valor excedente daquella competencia — o que é obvio. Mas si o fôr pela natureza do titulo ou da relação de direito litigiosa? Terá a reconvenção a virtude de converter em *ordinaria* á acção *summaria*? ou esta é que converterá em *summaria* a reconvenção que é *ordinaria ex ratione materiae*?

A nossa opinião já é em parte conhecida. Não nos louvamos nos que sustentam que a acção *ordinaria* nunca se possa converter em *summaria*, nem mesmo consentindo as partes, por nos parecer que o poder publico não deve ser mais zeloso da defesa dos direitos do que os proprios respectivos titulares; portanto, dada a prorogação da jurisdicção *ex ratione negotii*, uma vez que as partes consintam, não vemos porque impedir a reconvenção só por que, originariamente, tenha processo formal differente do da acção; e admittida que seja, deve seguir o processo da acção principal.

Neste sentido redigimos o art. 747 do citado *Projecto*, cujos termos são estes:

— Não é admissivel a reconvenção quando uma das ac-

ções tiver juízo privativo ou processo especial differente do da outra, salvo si as partes estiverem de accordo e o juiz de uma fôr competente em razão da materia para conhecer da outra.

Neste caso, na reconvenção se guardará o mesmo processo da acção principal. —

CAPITULO II

Da Auctoria

§ 297

Noção geral

O vocabulo *auctoria* não exprime aqui, como poderia parecer, a idéa vulgar da condição ou qualidade de quem, no pleito, exerce o direito ou mantem a posição de *auctor*, que no § 53 definimos aquelle que, mediante acção judicial, pede do reo que lhe reconheça certa relação de direito. Não ha minima affinidade entre esta ultima idéa e a que se contem no presente instituto de direito.

Auctoria, no direito judiciario, é palavra technica, que allude ao facto de que proveiu ao reo a sua posição na demanda. *Auctor*, nesta relação judiciaria, não é quem demanda; ao contrario, é aquelle que, por provocação judicial do reo, vem tomar a posição deste e repellir a demanda. *Auctor*, na *auctoria*, é reo (¹).

Breve retrospecto do instituto de direito civil chamado *evicção* nos dará por inteiro a noção da *auctoria*.

A *evicção* presuppõe compra e venda *a non domino*. Primus comprou de Secundus o predio X; mas Tercius, que era o seu verdadeiro proprietario, pro-

põe a *reivindicatio* contra Primus e vence. Secundus é obrigado a perfazer a Primus o preço que este deu, mais o interesse e o damno. A perda do predio, soffrida por Primus, é o que se chama *evicção*, e aquella obrigação de Secundus, *prestar a evicção* ⁽²⁾. Esta, portanto, se consumma entre tres pessoas: o reivindicante ou evictor, o adquirente ou evicto e o alienante.

Mas dizendo qua a evicção presuppõe compra e venda *a non domino*, está entendido que figuramos vencedora a acção do reivindicante e o predio já definitivamente perdido para o evicto. E tal é a significação rigorosamente technica de *evicção*, que se entende da perda, total ou parcial, soffrida pelo comprador, em virtude de sentença obtida por terceiro reivindicante da coisa comprada ⁽³⁾. Entretanto, como se viu no § 19 not. 1.^a, a acção não importa necessariamente a existencia do direiro demandado, aliás não se conceberia possível existencia que conduísse pela absolvição do reo. Basta, ali dissemos, que se *pretenda* certa relação de direito. E porque a auctoridade judiciaria deve tutelar as *pretenções de direito*, até que sentença definitiva declare si a pretensão de direito accionada era ou não effectiva relação de direito, decorre para o vendedor a obrigação, a mais urgente e natural das que lhe impõe o contracto, de fazer boa a transferencia da propriedade da coisa que vendeu ⁽⁴⁾ sempre que sobre ella venha terceiro allegar ou pretender melhor direito. O vendedor, portanto, tem a obrigação de garantir o comprador contra os riscos da evicção.

O acto pelo qual o comprador, sendo demandado *ex reivindicacione*, intima o alienante para que venha a juizo responder por aquella garantia, defendendo a propriedade da coisa que lhe vendera, eis o que se denomina *chamamento á auctoria*.

Auctor, portanto, nesta relação judiciaria, se diz do alienante intimado a vir defender a propriedade da coisa demandada, e essa denominação se lhe deu para significar aquelle de quem veio para o adquirente a posição de reo: é o causador ou productur da causa ⁽¹⁾.

Podemos agora definir o que seja *auctoria*, e estudar em seguida, perfunctoriamente, quaes as condições do respectivo exercicio, posição das partes e processo.

⁽¹⁾ Os proprios lexicographos confundem as duas idéas. V. g.: Moraes, h. v., si bem que tambem dê a este vocabulo a significação technico-judiciaria em que ora o tomamos, deixou-se entretanto equivocar, confundindo a condição de auctor no litigio com o acto de chamar alguém á auctoria, que elle diz *nomear auctor á demanda*. Mesmo nesta ultima locução, a palavra *auctor* não tem a significação vulgar.

Adolpho Coelho então só nos dá a significação de *qualidade de auctor num pleito*; e bem define *auctor* (de *augere*) *o que intenta demanda*. E absolutamente não é esta a idéa componente da *auctoria*, que neste assumpto antes se prende ao reo do que ao auctor da demanda, como se vê do texto.

⁽²⁾ Cumpre notar que a *evicção* não se entende somente da coisa comprada *a non domino*. Damos o caso de compra e venda apenas como exemplo, por ser o mais commum. V. g., o arrendatario que se vê privado do objecto do arrendamento por sentença obtida por outrem que tinha melhor direito do que elle ao mesmo arrendamento ou que mesmo reivindica o predio arrendado, tambem se diz *evicto*. Entretanto, como se verá no § 300, a *auctoria propriamente dita*, qual é aquella de que aqui tratamos, é defesa que somente pode caber ao reo que possui no proprio nome — regra expressa no art. 112 do Reg. n. 737 de 1850. Tal é a razão porque somente nos referimos, em todo o texto, ao *adquirente* para significar o *evicto*.

⁽³⁾ Sempre geralmente assim se entendeu, e Teixeira de Freitas (*Consol.*, nt. ao art. 576) affirma que em nossas leis a materia da *evicção* quasi que só foi encarada em relação ao processo da *auctoria*.

As palavras *evincere*, *evictio*, *evictionis præstatio* dos romanos, as quaes nasceram com o edicto dos Edis que impôz ao vendedores a garantia por causa de evicção, significavam não tanto o sentido litteral de *vencer*, sinão o resultado material da desposse do adversario por força de sentença judiciaria. “EVINCERE, diz Donello, *ut verbi vis et ratio facile inducit, est vincendo aliquid ab aliquo auferre et consequi.*” — *Trat. de evict.*, cap. 3.º pag. 219. Mais energicamente ainda dizia Cujaccio: “*Plus enim est EVINCERE quam VINCERE, quia est etiam rem abducere et auferre*” — *apud Glück, ad Pand.* § 1115. E melhor ainda *in Cod.*, VIII, 44 pr.: “*Evictionis nomine significatur efficax et plena in judicio victoria ejus, qui egit in emtorem, vel cum quo egit emtor. Est autem plena et efficax victoria, quæ ad emolumentum seu effectum perducatur re ablata vel abdicata, vel possessione retenta*”.

“Em sentido juridico, diz o citado Glück, *evincere* significa tirar judicialmente alguma coisa de outrem”.

E com elle convem ainda notar que *evicto* não se diz somente do reo vencido na reivindicação de coisa que comprou, mas tambem do comprador que é repellido, como auctor, da acção que por ventura propôz para reivindicar coisa comprada — frs. 24, 25 *de evict.* (XXI, 2).

Tal é a licção do direito romano, referida por Glück, § 1115: “Não é absolutamente necessario para a evicção que seja possuida a cousa evicta, nem, portanto, que haja privacção da respectiva posse. Pode tambem ser evicta uma coisa, que terceiro possue, quando nol-a vendeu outrem que se fazia passar como tendo direitos sobre ella, e o terceiro possuidor prova ao contrario que a coisa lhe pertence. Neste caso me é a coisa evicta, si o juiz a attribue ao possuidor (Vj. Heineccio, § 960). Donde vem que a evicção pode tocar não somente ao reo, mas tambem ao auctor: ao reo quando este estava na posse do objecto e teve de a restituir ou pagar a *litis æstimatio*, ao auctor quando terceiro tinha aquella posse, contra quem o *evictus* que pretendia o objecto perdeu a lide (Vj. Westphal, *Della compravendita* § 263, *apud* Perozzi e Bonfante ao cit. § 1115 das *Pandect.* de Glück). A seguinte passagem extrahida do liv. IX *ad Sabinum*, de Pomponio, põe a coisa fóra de duvida:

“L. 16 § 1 D. h. t. “*Duplæ stipulatio committi dicitur tunc*

cùm res restituta est petitori, vel damnatus est litis æstimatione vel *possessor ab emptore conventus absolutus est*". Quer dizer — que a estipulação pela qual o vendedor se sujeitou ao duplo do preço no caso de evicção (clausula permittida na nossa Ord. III, 45, 3) produz effeitos ou quando o comprador evicto restituiu a coisa comprada ao auctor na demanda ou quando foi condemnado a lhe pagar o valor em que tiver sido estimada, ou enfim *quando o comprador intenta acção contra terceiro possuidor e este é absolvido, isto é, e este é mantido na posse por sentença*".

Vid. Coelho da Rocha, § 811; cit. Teixeira de Freitas, art. 575; Carlos de Carvalho, *Nov. Consol.*, art. 1067; Cod. Nap, art. 1626; Ferreira Borges, *Dicc. Com.*, h. v.

(⁴) Muito propositalmente dizemos *transferencia da propriedade* para deixar vêr que não adoptamos a doutrina de Pothier que vem assim exposta no n. 1 do seu tratado *De la vente*: "Il est bien de l'essence du contrat de vente que le vendeur ne veuille pas retenir le droit de propriété de la chose qu'il vend lorsqu'il en est le propriétaire, et qu'il soit tenu, dans ce cas, de la transférer à l'acheteur. Mais lorsque le vendeur n'est pas le propriétaire, il ne s'oblige pas de transférer la propriété de la chose; il est seulement tenu de défendre l'acheteur contre tous ceux qui voudraient lui faire délaisser la chose et l'empêcher de s'en porter pour le propriétaire" — significando que, conforme era por direito romano, o vendedor só é obrigado a entregar a coisa vendida, mas não a transferir a propriedade della (*ibid.*, n. 7), de modo que não subsiste menos a venda feita *a non domino*, não tendo o comprador acção contra o vendedor sinão quando era molestado na posse da coisa comprada — está hoje por completo banida dos codigos e tratados.

Dizia Faure: "La loi romaine permettait de vendre ce dont on n'était pas le propriétaire. Le motif de la nouvelle loi est que l'on ne doit pas avoir le droit de vendre une chose quand on n'a pas celui d'en transmettre la propriété. *La transmission de propriété est l'objet de la vente.*" Locré, VII, 91. Tal é hoje o sentimento geral, salvo o dissentimento singular de Toullier. — Vj. Laurent, XXIV, n. 2.

(⁵) *Auctores dicuntur a quibus jus in nos transiit, et a quibus causam habemus* — Vicat, *Voc. Jur.*

§ 298

O que seja auctoria

Diz-se *auctoria* — o chamamento a juízo daquelle de quem o reo houve a coisa demandada ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ E' a definição do nosso *Programma*, n. LVI, calcada sobre o art. 111 do Reg. n. 737 de 1850. *Para que a defenda* — accrescenta Pereira e Souza; mas redundantemente, pois que isto está virtualmente subentendido na idéa de *auctoria*. E', como dizem os velhos praticos, a *denunciação da lide* feita a quem transferiu ao reo a propriedade ou uzo da coisa demandada; e por isso Strychio trata do assumpto sob a rubrica — *De Litis denuntiatione* — e no vol. 11 Disp. 21 § 1 e 2 assim define a auctoria: *Est litis denuntiatio actio, quam instituit Reus in Judicis principali conventus, contra suum auctorem, a quo causam, vel rem in Judicium deductam habet, ut liti, quam alius propter hanc rem sub pretextu proprietatis novit, assistat, remque defendat, et re evicta, evictionem præstet, hoc est omni ex parte damnum inde datum, et interesse restituat.*” E no § 2.º: *“Nec ratione, et fundamento Litis denuntiatio destituitur, cum auctor argumentis ad impediendam evictionem magis instructus esse præsumatur quam denuntians.”*

Estão nesta definição compendiados os elementos primordiais deste instituto, como passamos a vêr.

§ 299

Necessidade do chamamento á auctoria

Referindo, na nota anterior, a lição de Strychio, dissemos que a auctoria é uma *litis denuntiatio*. Esta denunciação que, da lide que lhe foi proposta pelo reivindicante, faz o reo áquelle de quem houve a coisa reivindicanda, ou, bem entendido, a seus herdeiros, é condição essencial para que em todo caso

o ultimo seja obrigado a prestar a evicção ao segundo si o primeiro obtiver ganho de causa.

Tal era a disposição expressa do direito romano ⁽¹⁾, adoptada em nossas leis ⁽²⁾, e consolidada pelos civilistas patrios ⁽³⁾.

Mas em pura theoria, aquella regra será a melhor? deve ter applicação absoluta?

Temos como melhor a doutrina que passou para o Codigo civil francez, com as razoaveis ampliações da torrente dos escriptores citados no § 11 e segs. da 1.^a *Dissertação* de Lobão ás *Segundas Linhas*.

Deve cessar a garantia devida pelo vendedor em caso de evicção, quando o evicto o não chamou á auctoria, sómente na hypothese em que o vendedor prove que dispunha de meios sufficientes para repellir a reivindicação. Eis a regra do direito francez ⁽⁴⁾.

Por outro lado, ao evicto se deve manter o direito áquella garantia, posto que não chame o alienante á auctoria, quando é incontrastavel a justiça do reivindicante e de boa fé lhe dimitte elle a coisa demandada ⁽⁵⁾.

Entretanto, aquelle é o nosso *scriptum jus* ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ *Emptor fundi, NISI AUCTORI AUT HEREDI EJUS DENUNTIASSET: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet* — const. 8.º de evict. (VIII, 45).

Paulo já havia dito que — si o comprador, que devia denunciar a lide ao seu *auctor*, não o fez, e ficou por isso privado de instrucções convenientes á defesa da causa e foi evicto, presume-se que procedeu de má fé e fica sem regresso contra o vendedor — fr. 53 § 1.º de evict. (XXI, 2). *Si, CUM POSSIT emptor auctori denuntiare, NON DENUNTIASSET: idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.*

Mais extensiva ainda é, como acabamos de vêr, a const.

8 h. t.: O comprador evicto não pode exercer contra o vendedor ou fiador a acção *ex stipulatu*, nem a *ex dupla* nem a *ex empto*, a menos que não tivesse denunciado a lide.

Si o comprador, neste caso, viesse com a sua acção de regresso, o vendedor lhe podia oppôr a *exceptio doli mali* — fr. 29 § 3.º, *de leg.* III (XXXII, 3).

Tal denuncia não bastava que fosse feita mediante qualquer forma de noticia, mas era preciso que o fosse por meio da *in ius vocatio*, isto é, devia o vendedor ser judicialmente intimado para vir a juízo defender a propriedade da coisa vendida — fr. 1.º i. f. *de action. empt. et vend.* (XIX, 1). De então em diante, os riscos da evicção corriam sobre o *auctor*, *scil.*, o vendedor: *Nam si denunciasti et qui tibi vendidit, intelligis illi periculum imminere* — const. 1.ª *Ubi in rem act.* (III, 19).

(2) Eis aqui o texto da Ord. L. 3.º tit. 45 § 2.º:

“Si algum é demandado por cousa, que possua, e elle quer chamar por actor o que lhe a cousa vendeu, ou escaimbou, ou outro qualquer de quem a houve, nomeal-o-ha, e chamal-o-ha antes das inquirições abertas e publicadas, e não o chamando até esse tempo não será o dito actor nomeado obrigado a lhe pagar o damno que receber, por a cousa lhe ser tirada por sentença, posto que o dito actor nomeado fosse sabedor que o Reo era demandado em juizo por ella.”

Pelo § 3.º succede o mesmo quando, sendo o vendedor chamado á auctoria, e havendo sentença contra o comprador, este não appellou.

O Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é mudo a respeito, limitando-se a definir, no art. III, o que seja auctoria, e no art. 117 a dizer que a *evicção* será pedida por acção competente e que a seu respeito se procederá nos termos do art. 215 Cod. Com., o qual tambem não faz referencia á regra da Ord. Tendo disposto, no art. 214, que o vendedor é obrigado a fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contracto se estipule que não fica sujeito á responsabilidade alguma, salvando desta regra apenas o caso em que o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declara expressamente no instrumento do contracto que toma sobre si o risco — *devendo entender-se que esta clausula não comprehende o risco da coisa ven-*

dida, que, por algum titulo possa pertencer a terceiro (precisamente o caso de evicção), diz o Cod. naquelle art. 215: “Si o comprador fôr inquietado sobre a posse ou dominio da coisa comprada, o vendedor é obrigado á evicção em juizo, defendendo á sua custa a validade da venda: e si fôr vencido, não só restituirá o preço com os juros e custas do processo, como poderá ser condemnado á composição das perdas e damnos consequentes, e até ás penas criminaes, quaes no caso couberem.”

Que concluir daqui? Que nas relações de direito commercial está o vendedor sujeito á evicção mesmo que o comprador o não chame á auctoria? Teria tido o legislador commercial o proposito de *modificar* nesta parte o direito civil, de modo que as suas regras e disposições concernentes aos contractos em geral não sejam aqui applicaveis, consoante o art. 121 do Codigo? e, portanto, que tambem não lhe seja subsidio o direito civil quanto ás regras da dissolução e extincção das obrigações mercantis, consoante o art. 428 ?

Temos como a melhor a opinião que vê no direito commercial meramente uma excepção do direito civil (Vj. a *Rev. do Inst. dos Adv. bras.*, 1870, p. 201 e seg.); ora toda excepção, por isso mesmo que destroe ou modifica uma regra, precisa de ser tão claramente expressa quanto a propria regra que ella veio illidir ou contrariar; portanto, para que a regra da Ord. acima transcripta não vigorasse no direito commercial, preciso fôra que o Codigo expressamente assim tivesse disposto.

Nem motivo haveria para que se não applicassem ás relações mercantis as razões ou fundamentos philosophicos que presidiram ás regras do direito civil sobre o assumpto.

(³) Teixeira de Freitas, *Consol.*, art. 576; Carlos de Carvalho, obr. cit., art. 1064 § 1.º; Ribas, *Consol.*, art. 278; Ramalho, h. t., § 5.º.

— Convem ponderar, que a obrigação do vendedor de garantir a posse e dominio da coisa vendida cessa nos dous seguintes casos, expressos nos §§ 4.º e 5.º da cit. Ord.:

1.º) quando o comprador foi privado da coisa comprada por acto de força, roubo, furto ou caso fortuito;

2.º) quando sabia que a coisa não era do vendedor.

Já no fr. 21 pr. h. t. dizia Ulpiano: *Si servitus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur*: QUIA NEMO EUM EVINCAT, SED FACTUM HUMANA SORTIS.

Eis ahi: no primeiro daquelles dous casos, que tambem se figura neste texto, não ha propriamente evicção: *nemo evincat*. E mais frisantemente ainda na const. 26 h. t: Não tendes acção contra quem vos vendeu um escravo que falleceu antes que fosseis evicto, porque o perigo da evicção já está passado, isto é, na traducção de Tissot, não vai alem da existencia da coisa vendida — *cum evictionis periculum finitum sit*.

Quanto aos actos de força, roubo ou furto, igualmente não se dá propriamente evicção: como hade o vendedor ser obrigado por facto alheio á sua vontade ou acto de outrem? — “Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere jus in eo negatis, profitentes, nullam vobis adversus eum, ex cujus venditione fundum possidetis, actionem competere probatis. Igitur ad instar interdicti, seu actionis permissæ experiendum esse perspicitis” — const. 17 *de act. emti* (IV, 49).

Por direito romano ia ainda mais longe esta irresponsabilidade do vendedor quanto á perda da coisa vendida soffrida pelo comprador: “Si o comprador é evicto por ignorancia ou erro do juiz, negamos que possa haver do vendedor prestação do damno. Que importa ao vendedor que o comprador seja privado da coisa vendida por indecoro ou imbecilidade do juiz (*sordibus judicis aut stultitia*)? *Injuria enim quæ fit emptori, auctorem non debet contingere* — quer dizer: o vendedor não deve responder por tudo quanto façam contra o comprador — fr. 51 Pr., h. t.

Entretanto, o cit. fr. 21, ás palavras acima transcriptas, accrescenta estas: *de dolo tamen polerit agi, si dolus intercesserit*. E sem duvida: si o vendedor agiu com dolo, como negar ao comprador a *actio doli*? *Nemo ex dolo suolucentur*.

No segundo daquelles dous casos, figurado no § 5.º da Ord., como manter no comprador o direito á prestação da evicção quando elle sabia que alheia era a coisa que lhe foi vendida? E si houver dolo criminal de sua parte, incorra, com o vendedor, ou como co-auctor ou como complice, nas penas do art. 338 n. 1 Cod. Crim. Vj. a cit. Ord. *in verbis: penas criminaes quæs no caso couberem*.

(*) *La garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeller*

son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande — Cod. civ. fr. art. 1640.

Nada mais razoavel, pois nesse caso deve o comprador imputar a si mesmo o ter sido evicto — Laurent, XXIV n. 262. Quanto aos meios que o vendedor poderia ter feito valer e que o comprador não devia deixar de produzir, a lei não distingue quaes sejam: de direito ou de facto, concernentes ao vendedor ou ao comprador, pouco importa, desde que bastassem para repellir efficazmente a demanda — Duranton, XVI n. 304.

(⁵) Esta licção não assenta, é verdade, em lei expressa — Glück, obr. cit, § 1124, 5.º; mas está assentada, entre os melhores DD., por argumento do fr. 11 § 12 *de act. emti et vend.* (XIX, I), no qual Ulpiano, figurando a hypothese da compra de um escravo sujeito à acção noxal, diz que, si o comprador fôr condemnado pelo damno commettido pelo dito escravo, terá contra o seu *auctor*, isto é, o vendedor, acção para se fazer restituir tanto quanto menos lhe devia custar o escravo para se libertar da acção noxal. — Assim tambem no caso, continua o texto, em que o comprador agir em virtude da estipulação pela qual o vendedor se obrigou a lhe fornecer um escravo livre de qualquer demanda, e então não ha por que distinguir si o comprador defendeu o escravo contra a acção noxal ou si, *vendo evidentemente que era criminoso*, não o quiz defender. Em todos estes casos poderá intentar a sua acção *ex stipulatu vel ex empto*. —

Doutrina essa, como attesta Lobão no logar citado, sustentada pelos melhores D D., seguida nos tribunaes da Europa e sempre attendida nos de Portugal. E cita grande numero de escriptores que a defendem e attestam a respectiva applicação *in judicando*. Como bem observa Lobão — si a lei obrigasse o comprador a seguir até final uma demanda evidentemente injusta, que absurdo se não seguiria !

(⁶) N' *O Direito*, XLVII, 295, ha julgados do Trib. da Rel. do Rio, de 11 de Novembro de 1887 e 16 de Março de 1888, dos quaes o Supremo Tribunal de Justiça unanimamente denegou revista, decidindo que aquella doutrina de Lobão não procede entre nós; que *sempre* que o comprador não chama o vendedor á auctoria, perde o direito á evicção.

Mas quantas vezes nos julgados dos nossos tribunaes está explicita a negação do direito?!

Nem haverá julgados capazes de convencer de falsa a doutrina que mantem a responsabilidade do vendedor, pela evicção, apesar de não ter sido chamado á auctoria:

1.º Quando o vendedor expressamente remetteu ao comprador aquella obrigação. E' expresso no Dig., fr. 63 pr., h. t.: *Herennius Modestinus respondit, non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset*, SI PACTO EI REMISSA ESSET DENUNTIANDI NECESSITAS. E' a força do contracto, que faz lei entre as partes. — Pereira, *de Man. Reg.* c. 32 n. 9, *apud* Ramalho, h. t., § 5.º.

Quanto ao fiador do vendedor, não ha duvida que o comprador não tem obrigação de lhe denunciar a lide — const. 7.ª h. t.: *Auctore laudato, si evicta res est, fideijussorem*, ETIAM SI AGI CAUSAM IGNORAVÉRIT, *conveniri evictionis nomine posse, non ambigitur*.

2.º) Quando o proprio vendedor deu causa a que se lhe não fizesse a denunciação da lide. E' tambem expresso o direito romano: fr. 55 § 10 h. t. — *Pressenti atitem venditori denuntiandum est; sive autem absit, sive præsens sit*, ET PER EUM FIAT, QUOMINUS DENUNTIETUR, *committitur stipulatio*.

— *Simili modo tenetur*, repete-se no fr. 56 § 5.º, ET QUI CURAVIT, NE SIBI DENUNTIARI POSSIT.

O Direito romano ainda consignava o caso de ausencia do vendedor junta á completa ignorancia de seu paradeiro, mesmo sem haver de sua parte minimo proposito de evitar a denunciação — fr. 56 § 6 h. t.: *Sed et nihil venditore faciente, EMPTOR COGNOSCERE UBI ESSET NON POTUIT, nihilominus committitur stipulatio*. Mas como veremos no § 304, o art. 114 do Reg. n. 737 de 1850 dispõe de outro modo.

Está entendido que aquellas excepções procedem si o comprador por seu lado não commetteu negligencia culposa; visto como, no dizer de Glük, cit. § 3.º, não se tem em vista eximil-o da obrigação de defender a coisa evictanda, emquanto lhe é possivel; *aliter*, lhe será opposta a *exceptio doli*.

Lobão, na cit. *Dissert.*, ainda refere outros casos, que entretanto não podem ser adoptados com a mesma segurança com que foram acceitos os precedentes, oriundos de leis romanas fundadas em boa razão.

§ 300

Casos em que não cabe o chamamento á auctoria

A auctoria é admissivel somente nas acções reaes ou *in rem scriptæ* e nas criminaes civilmente intentadas ⁽¹⁾.

Isto posto, não pode ter logar o chamamento á auctoria:

- 1.º nas acções pessoaes ⁽²⁾;
- 2.º na acção de força, quando foi o proprio reo quem a commetteu em nome proprio ⁽³⁾.

Portanto, sendo regra que somente cabe o chamamento á auctoria quando o reo é demandado por coisa movei ou immovel que possui no proprio nome, quer seja proprietario, usufructuario ou emphyteuta, ou por qualquer modo tenha o *jus in re* ⁽⁴⁾, si elle possui em nome alheio ⁽⁵⁾, é apenas obrigado a nomear á auctoria aquelle em cujo nome possui a coisa demandada ⁽⁶⁾. Neste caso, incumbe ao auctor na causa a obrigação de fazer citar a esse em cujo nome o reo possui, si quizer proseguir, seguindo-se no respectivo processo os termos indicados no § 304.

⁽¹⁾ Ord. III, 44 pr.; 45 § 2.0; Reg. n. 737 de 1850, art. 112.

Diz-se — *nas criminaes civilmente intentadas* — alludindo á acção civil que compete ao dono de coisa que lhe foi tirada por acto criminoso contra quem a possui, para que a restitua. Neste caso, si o possuidor não foi o auctor do delicto, mas ao contrario adquiriu o objecto de boa fé e por titulo aparentemente habil, pode chamar á auctoria esse de quem adquiriu o dito objecto.

⁽²⁾ A razão é porque, como diziam os jurisconsultos romanos, as obrigações pessoaes só os individualmente a ellas adstrictos podem por ellas responder. Adherem ao

agente passivo *ut lepra cutis* — Vid. Pereira, *de Man. Reg.*, cap. 32 n. 15; Pegas, tom. 15 *ad Ord.* III, 45 n. 3.

Mas como nas acções *in rem scriptæ* concorre um dos característicos das acções reaes (vj *supra* § 23), por isso se diz no texto que nestas é admissível o chamamento á auctoria.

(³) Pereira e Souza, Nt. 350, sobre Reinoso, Obs. 18 n. 5 e Pegas *For.* cap. XI n. 194.

Vj. Lobão, á cit. nt. de Souza, n. 2.

(⁴) Ramalho, h. t. § 2.

(⁵) V. g.: o inquilino, pois este possui em nome do senhorio, consoante o texto *Et nos per inquilinos possidemus*, o rendeiro, o feitor, o procurador, etc. etc.

(⁶) E nisto consiste a differença entre *chamamento* e *nomeação á auctoria*, locuções estas a miudo empregadas pelos praxistas. *Chama á auctoria* aquelle que é reo na causa e, portanto, aquelle que tem a obrigação de entregar coisa que é sua ou possui em nome proprio porque a houve de quem a transferiu em dominio ou posse jurídica — em uma palavra, aquelle que corre o risco da evicção; *nomeia á auctoria* aquelle que não pode se considerar evicto porque não adquiriu a coisa demandada nem della tem posse. Aquelle tem interesse directo na causa, este não tem; e por isso, o possuidor poderá continuar a ser ouvido na causa como assistente, ainda que o chamado á auctoria venha a juízo defender nella a propriedade ou a posse da coisa demandada; o que possui em nome alheio de todo se livra do juízo, eis que nomeia o verdadeiro senhor ou possuidor, como diremos adiante.

§ 301

Quando se deve fazer o chamamento á auctoria

Differem entre si a este respeito a regra das Ordenações e a do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Aquellas prescrevem, no § 2.º do L. 3.º tit. 45, que o chamamento á auctoria, para que o reo tenha regresso contra o seu *auctor*, se faça *antes das inquirições abertas e publicadas*, o que hoje,

em vista do já citado art. 11 da *Disposição provisória*, que aboliu o segredo das inquirições do direito antigo, quer dizer *antes da prova* ⁽¹⁾: portanto, até se consummar a contestação da lide. O Reg. Com., porém, peremptoriamente determina em seu art. 113 que, *si o reo houve a coisa de outrem, requererá a sua citação na audiencia em que fôr proposta a acção* ⁽²⁾.

Mas como pensamos que neste ponto se trata de materia exclusivamente processual, temos como prejudicada a regra da Ord. em vista do Dec. n. 763 de 1890. Hoje só vigora a citada disposição do Reg. n. 737 de 1850: a denunciação da causa deve ser feita na audiencia de que se fallou nos §§ 93 e 100.

⁽¹⁾ *Antes de se dar logar á prova* — dizem Ramalho, h. t. § 5.º, e Ribas, *Consol.*, art. 277.

⁽²⁾ Por direito romano tambem a *denuntiatio litis* devia ser feita *tempestive*, como diz Hellfeld, *apud* Glück, § 1124, isto é, no dizer deste ultimo, *em momento em que o comprador se possa valer de qualquer meio de defesa*; momento que deve ser apreciado já sob o aspecto do estado do processo, já das relações reciprocas das partes — Mevio, tom. II p. VIII dec. 465. E assim, não havia naquelle direito termo ou epoca fixamente determinada em que se devesse fazer a denunciação da lide; apenas vigorava como regra que o fosse antes de estar a ser proferida a condemnação.

Eis aqui o texto de Pomponio:

— A todo tempo se pode accionar o vendedor para o obrigar a vir a juizo garantir o comprador evicto, pois que esta estipulação não tem limites no tempo; a menos, entretanto, que o comprador não diffira o chamamento do vendedor para quando a condemnação esteja a ponto de ser proferida — fr. 29 § 2.º h. t.

Entretanto, parece que Labeão, no fr. 29 § 3.º *de legatis* III (XXXII), contradiz aquella regra.

Eis aqui:

— Si o herdeiro, encarregado de vos entregar o legado de um escravo qualquer, vos dá o escravo Stichio, e este vos foi evicto, pensa Labeão que conservaes contra elle a

vossa acção testamentaria: porque não se presume que o herdeiro vos tivesse dado um escravo, dando-vos um que não podieis conservar. E isto me parece justo. Mas Labeão accrescenta, que *antes de começar a instancia, deveis denunciar a lide ao herdeiro*; porque, si assim não fizerdes, á vossa acção testamentaria opporá elle a excepção de dolo. — Mas Cujaccio (*Recitation. Solemn. ad L. 5 Cod. h. t. § Itemque notandum*) ensina que não ha contradicção entre os dous textos; que Labeão não discorda de Pomponio; que Labeão não teve em vista fixar o momento em que a *litis denuntiatio* deve ser feita, sinão, prescrevendo a necessidade della, apenas roçou no momento em que habitualmente, de modo mais seguro, faz-se a denunciação. Mas daqui não se segue que não possa ser feita após a *litis contestatio*, emquanto a causa está *res integra* — cit. Glück, vol. 21 pag. 304 da ed. de Serafini.

§ 302

A quem se deve chamar á auctoria

A *litis denuntiatio* dos romanos podia ser tomada em dous sentidos: no geral, designando a noticia judicial que de qualquer acção intentada se dava á pessoa a quem ella interessasse, por força de uma necessidade juridica e com o intuito de a chamar para que nella viesse tomar parte ⁽¹⁾, e no especial, significando o mesmo que o nosso *chamamento á auctoria* ⁽²⁾. Somente este ora nos occupa, que é o do nosso direito.

E porque este chamamento tem por fim, como já vimos, garantir o direito á prestação da evicção, segue-se que deve elle ser feito áquelle de quem o reo immediatamente houve a coisa demandada; mas como este por sua parte pode tel-a havido de terceiro, e ainda este de outrem, cada qual que fôr sendo chamado deverá por seu turno chamar o respectivo *auctor* ⁽³⁾, esteja presente ou ausente ⁽⁴⁾.

Finalmente, como a obrigação de prestar a evicção passa aos herdeiros do vendedor, devem estes ser chamados quando aquelle tenha fallecido ⁽³⁾.

⁽¹⁾ cit. Glück, § 1125.

Em sentido mais geral, tinha o reo o direito de exigir que a lide lhe fosse denunciada pelo auctor de forma solemne, conforme a tradição; aliás poderia oppôr a *exceptio denunciationis non factæ* — const. 3ª Cod. Theod. *de denunciat*. Mas sem duvida não é a essa especie de *in jus vocatio* provocada que aqui se allude, sinão áquelles casos em que terceira pessoa devia ser ouvido no feito pelo interesse que nelle tinha e para que, portanto, a sentença pudesse afinal lhe ser opposta. V. g.: o fiador devia denunciar a lide ao devedor principal para manter contra este o seu direito regressivo — fr. 10 § 12 *Mandati* (XVII, 1).

A denunciação no primeiro daquelles dous sentidos presuppunha, alem do litigio entre auctor e reo, terceira pessoa obrigada para com uma das partes litigantes por prejuizos, que vem a juizo remover.

⁽²⁾ No sentido especial, que é precisamente aquelle de que ora tratamos, tinha a denunciação sua figura mais geral na evicção — const. 1ª *de peric. et comm. rei vend.* (IV, 48), e outros textos citados em Glück, XXI, 314 nt. 85.

Esta denunciação, que é o nosso *chamamento á auctoria*, os romanos tambem a designavam pela denominação de *auctor em laudare* — fr. 6 § 5.º *action. emt. et vend.* (XIX, 1); fr. 63 § 1.º h. t. — significando o vocabulo *laudare* — o mesmo que *nominare et appellare*.

⁽³⁾ O direito romano tambem assim dispunha. Si a coisa demandada houvesse passado successivamente por varias mãos, cada qual dos chamados ia se referindo ao respectivo *auctor*; e então as coisas se passavam da seguinte forma, conforme a licção daquelle famoso pandectista:

“A lide pode ser denunciada ao auctor mais remoto somente quando o mais proximo cedeu o seu direiro contra o mais remoto, ou o mais remoto deu *hypotheca* pela evicção. Assim, diz Pomponio no fr. 59 h. t.: “Si faço legada de uma coisa que comprei de Ticio, e meu legatario foi evicto pelo verdadeiro dono della, não pode denunciar a evicção a Titio meu vendedor; a menos que as acções que me assistiam neste caso contra meu vendedor não lhe ti-

vessem sido cedidas ou que não houvesse hypotheca sobre a coisa.” Si ha varios *auctores*, e estes transmittiram em commum ao denunciante o direito litigioso, ou si o *auctor* tem varios herdeiros, a lide deve ser denunciada a todos elles, pois que de outro modo poderia aos outros servir de escusa a ignorancia.

“Accrescente-se que a obrigação á assistencia, em se tratando da prestação de facto indivisivel, é em si mesma indivisivel. Podem então os varios auctores ou assumir conjunctamente a defesa ou um só por todos ou todos se esquivarem; isto não reduz a obrigação delles em prestar a evicção, á qual cada um é obrigado pela respectiva parte. A assistencia do denunciante deve sempre ser feita *in solidum*.

“Ou um vence por todos ou por todos é vencido. Não aproveita, ao contrario, nem a totalidade dos auctores nem a um delles que cada qual consinta defender por sua parte o reo até onde vai a propria obrigação de prestar a evicção. Assim é, porque somente a obrigação de prestar a evicção é divisivel, mas a obrigação da defesa é ao contrario solidaria.”

Conc. Cujac., *Comm. ad eand. leg.*; Voet, *ad Pand*, h. t., § 18.

Eis aqui um texto expresso:

“Si o vendedor deixa muitos herdeiros, a obrigação do defuncto, em caso de evicção, é indivisivel entre elles: a evicção deve ser denunciada a todos, e todos devem defender o comprador.

Si alguns de industria não comparecem, e só um acode a juizo, a sentença, favoravel ou não, será commum a todos os herdeiros, por força da denunciação feita a todos, e da revelia de alguns; e o comprador bem poderá accionar os outros herdeiros como vencidos no juizo da evicção.”

Vj. Ord. III, 44 § I e 45 § I — Ribas, *Consol.*, art. 277.

(⁴) fr. 55 § 1.º h. t.

(⁵) fr. 51 § 3. h.; const. 8, 9 e 18 *eod*.

§ 303

Posição do chamado á auctoria

Neste ponto é profunda a differença entre o antigo processo das Ordenações e o do Reg. n. 737

de 25 de Novembro de 1850, hoje também em vigor no juízo civil.

Por aquelle direito, comparecendo o chamado á auctoria, podia seguir um destes tres procedimentos:

a) intervir, em razão do seu interesse na causa, como simples defensor do reo ou seu assistente ⁽¹⁾;

b) convindo o auctor, tomar a si a posição do reo, com a intenção de o desonerar da defesa ⁽²⁾;

c) independentemente da vontade do auctor, receber a defesa do reo como procurador em causa propria, prestando fiança á execução do julgado; o que entretanto não poderia fazer si o auctor mostrasse que da substituição lhe vinha prejuizo, por ser o reo principal mais fiel e verdadeiro, ou por outra razão igualmente justa ⁽³⁾.

Esta faculdade conferida ao auctor da demanda de, nas circumstancias acima mencionadas, recusar que a acção se transmudasse passivamente na pessoa do chamado á auctoria, vinha dos principios do direito romano segundo os quaes a *reivindicatio* compete contra o comprador ou possuidor da coisa: portanto, dar ao chamado á auctoridade o direito de em todo caso se substituir ao reo, seria o mesmo que lhe conferir a faculdade de operar uma novação subjectiva no juízo da demanda contra a vontade do auctor, o que importaria em flagrante violação de principios certos e assentados ⁽⁴⁾.

Entretanto outra, e sem duvida melhor, é a regra do Reg. Com.: o auctor da demanda não tem a faculdade de acceitar ou não o chamado á auctoria ou de escolher entre este e o reo. — Vindo a juízo o chamado á auctoria, diz o art. 115, *com elle proseguirá a causa*, sem que seja licita ao auctor a escolha de litigar com o reo principal ou com o chamado á auctoria ⁽⁵⁾.

E tal é o nosso direito: o chamado á auctoria põe fóra do juízo o reo, e prosegue na demanda ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Ord, III, 45 § 1.º; Pedro Barbosa, no log. cit. por Lobão, *Seg. Linh.*, nt. 355.

Neste caso, o chamado á auctoria tomava propriamente a posição do assistente, de que trataremos adiante.

⁽²⁾ cit. Ord. § 6.º

⁽³⁾ *id.*, §§ 7 e 8.

⁽⁴⁾ Assim raciocinam os praticos civilistas, porque effectivamente a acção de reivindicação cabe contra o comprador ou possuidor da coisa reivindicanda ou contra aquelle que por dolo deixou de a possuir. Portanto, não se pode illidir o direito que tem o reivindicante de intentar a sua acção contra qualquer daquelles obrigados á restituição — frs. 131 e 157 § 1.º *de reg. jur.* (L, 17); const. 3.ª *de alien. jud. mutanda caus. fact.* (II, 55)

⁽⁵⁾ Por direito romano se distinguem tres casos:

a) O chamado á auctoria vem a juízo e se declara prompto a prestar assistencia ao reo, recebendo a causa no estado em que a vier encontrar. E então, fica com o arbitrio ou de defender por si a causa ou de fazer causa commum com o reo — fr. 63 *de re jud.* (XLII, I) : fr. 4 § 3 *de appell.* (XLIX, I). Si quer tomar a si a causa, de modo que o reo deixe de ser parte na acção, só o poderá fazer convindo o auctor, pois que este não é obrigado a aceitar contra vontade outro adversario — const. 1.ª *Ubi in rem actio* (III, 19). Si o auctor consente, dá-se novação, em virtude da qual o reo, ainda que o não queira, é despedido do processo — fr. 23 *de solut.* (XLVI, 3); fr. 8 § 5 *de novat.* (XLVI, 2.) Mas si o chamado á auctoria prefere fazer causa commum com o reo, fica como seu procurador; mas como *procurator in rem suam datus*, pois tambem defende a propria causa — fr. 21 § 2 h. t.

b) Comparece o chamado á auctoria, mas recusa assistir ao reo, sustentando não ser a isso obrigado. Neste caso se abre summario procedimento tendente a firmar a admissibilidade do chamamento, e o juiz decide.

c) Si o chamado á auctoria não comparece, corre a causa á revelia d'elle, com todos os, riscos e perigos, sem que entretanto incorra elle em desobediencia, pois que o chamamento é meramente monitorio — const. 1.ª *de peric. et com.*

rei vend. (IV, 48). Para os efeitos de direito, basta que o reo, com o chamamento do seu *auctor*, fique com o seu direito à prestação da evicção garantido.

Vj., sobre toda a nota, o cit. Glück, § 1126.

Mas dissémos que a regra do nosso Reg. n. 737 é melhor. Effectivamente é. Si Ramalho, na not. c) ao § 6 h. t, disse ser difficil atinar com a razão juridica daquelle artigo 112, Paula Baptista, na nota ao § 124, exgottou quanto se poderia dizer em abono daquelle disposição.

Digamos apenas mais, que a razão da lei civil falhava noventa vezes sobre cem. Que mais convem ao reivindicante: litigar com o actual possuidor, para quem é quasi sempre desconhecida a historia evolutiva da propriedade disputada, ou com o primitivo dono, cuja defesa hade ser por via de regra mais viva e fundamentada do que a daquelle? E si o reivindicante prefere o reo principal, quando é pessoa fiel e verdadeira, será porque reune elle estas qualidades moraes? Sem duvida que não, mas porque o chamado á auctoria é mais perigoso á sua causa, e portanto, mais concorrerá do que o outro para a ultima e suprema função do juiz, que é liquidar a verdade dos factos, para que mais justamente possa dar a cada um o que de cada um é.

A censura de Boitard ao art. 59 do Cod. proc. civ. fr., concernente á faculdade de escolha do fôro nas acções possessorias, entre o *rei sitæ* e o do domicilio, quando o reo possue por mais de anno e dia, censura que referimos na not. 1 ao § 41 (vol. 1.º pag. 191), bem pode ser aqui applicada. Si as mais das vezes o auctor opta pelo fôro do domicilio, é por ser mais difficil ao reo provar neste a defesa, do que no do logar mesmo onde a posse deixou vestigios materiaes ou historicos facilmente recolhíveis. Assim no chamamento á auctoria. Pois a defesa do comprador valerá a do vendedor?

(⁶) Vj. entretanto a not. 6 ao § 300.

§ 304

Processo da auctoria

Tendo o reo de chamar outrem á auctoria, requererá a respectiva citação na audiencia em que fôr proposta a acção (¹).

Si o chamado á auctoria residir no mesmo Estado ou em lugar incerto, ficará a causa suspensa até se verificar a citação pessoal ou edital; si, porem, residir fóra do Estado ou da Republica, proseguirá a causa, não obstante a expedição da precatoria. O juiz marcará o prazo dentro do qual deve o reo fazer a citação ⁽²⁾.

Vindo a juizo, o chamado á auctoria receberá a causa no estado em que estiver e nella proseguirá como si fosse o primeiro reo citado ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 113.

⁽²⁾ *id.*, art. 114.

⁽³⁾ *id.*, arts. 115 e 116.

CAPITULO III

Da opposição

§ 305

Noções geraes

Multivio é o campo por onde, na infinita variabilidade dos factos de que, como a creatura do creador, ellas provêm, podem as relações de direito incessantemente se desdobrar. E bem como *minima circustantia facti magnam inducit diversitatem juris*, assim tambem no mundo judiciario devem variar os meios de defesa das relações de direito emquanto varias forem as circumstancias em que se acharem os agentes das mesmas relações.

Já vimos o *debitor* accionar o *creditor* no mesmo feito em que é por elle demandado. A força natural e logica da compensação, no sentido generico, não podia deixar de influir na balança da justiça, e veio

a *reconvenção* realizar, no processo judicial, a lei económica do mínimo esforço. O credor do credor, o devedor do devedor, reciprocamente se destroem por força de uma só sentença, que fazendo inútil dupla deslocação de valores, resolve obrigações pela só virtude do direito.

Também vimos o reo tirar de si o onus directo da defesa para o impor áquelle que lhe produziu a *causa* da demanda. Último possuidor da coisa demandada, tem aquelle *auctor* a obrigação immediata de garantir a efficacia do direito que antes transferira ao mesmo reo, porque só elle é obrigado a prestar a este último os danos que provenham da possível evicção. E' sempre a lei económica de máximo resultado com mínimo esforço. Sem o instituto judicial do *chamamento á auctoria*, duplamente esforçada teria de ser a acção da justiça para a completa execução do *suum cuique tribuere*: a acção do reivindicante contra o possuidor e a acção do comprador contra quem lhe vendeu a coisa evicta. A *auctoria* leva mais depressa a esse duplo resultado.

Ainda antes tínhamos visto como judicialmente se effectiva a regra que livra da execução os bens que não forem do executado, pois que só este, e mais ninguém, responde pela divida exequenda. Mais ainda: viramos como é que o proprio executado força o exequente a recuar das linhas que excessivamente occupou no systema legal da execução. E assim mostrámos como os *embargos de terceiro senhor e possuidor* e os *embargos do executado* são outras tantas figuras da defesa dos direitos em sua copiosa variabilidade pratica.

Da mesma regra que sujeita á integral solução do passivo o activo inteiro do devedor, vimos surgir a necessidade do *concurso de preferencias*, em

cujo juízo vão os variados credores do devedor commum defender seus credits consoante a respectiva classificação legal e o estado da massa liquidanda.

Mas ainda outra pode ser a posição dos litigantes. Entre si disputando a relação de direito litigiosa, é possível que auctor e reo estejam reciprocamente em erro quanto ás respectivas pretensões ou que de má fé cada qual delles dispute para si direito de terceiro. Primus reivindica de Secundus o predio X ou pretende se reintegrar na posse delle, allegando ter sido della esbulhado por Secundus, que se defende a dizer ser sua a disputada posse. Mas a verdade é que o dominio e a posse ou somente a posse do predio X não é de Primus nem de Secundus, mas de Tertius, ou pelo menos este tem pretensões sob a apparencia de direito ao objecto daquella demanda.

Como defenderá Tertius esse direito ou essa apparencia de direito?

Si o direito judiciario não fosse uma sciencia, com principios generalisaveis e deducções logicas; si não se informasse elle nos principios politicos, juridicos e economicos deixados no § 5.º, e a arte da rabulice mandaria Tertius que viesse a juízo, por via principal, propôr duas acções: uma contra Primus, outra contra Secundus, já que lhe minguarda a faculdade de impedir que Primus accionasse Secundus e que este pretendesse para si o objecto das pretensões de Primus. Esforço escusado, e por isso mesmo que era escusado, corria ao poder judiciario o dever de o evitar, provendo de mais prompto remedio a situação de Tertius.

Veu então a *opposição* entrar no quadro dos institutos do direito judiciario.

Não ha necessidade de se manterem simultaneamente, sobre o mesmo objecto, varias acções em

juízo, para maior e, portanto, para mais perniciosa instabilidade dos direitos e ruína da propriedade. Tertius pode pedir ingresso na mesma acção de Primus contra Secundus, e assumindo, contra os dous, a posição de auctor, articula o seu direito, exclusivo do direito pretendido por um e outro, dá prova, discute, entra na formação da *litis contestatio*, e afinal vê em uma só e mesma sentença resolvido integralmente o litigio. O dominio ou a posse fica definitivamente com um dos tres pretendentes.

Tal é a *oposição*. A therapeutica judiciaria não podia esquecer os preceitos fundamentaes da therapeutica medica: todo remedio deve ser pouco, prompto e energico. Pois a pathologia social não será uma consequencia ou reflexo da pathologia humana ?

§ 306

Definição

Opposição é — a acção de terceiro para excluir tanto o auctor como o reo.

Diz-se que é *acção* porque, como acabámos de vêr, a *oposição* é meio de defendermos judicialmente aquillo que é nosso e está sendo por outrem disputado; por ella invocamos o officio do juiz para que nos affirme a existencia de uma relação de direito que outros contestam — é, pois, verdadeira acção ⁽¹⁾.

Diz-se *excluir tanto o auctor como o reo* porque nisto precisamente consiste a *oposição*, ficando assim patente o erro de alguns DD. que a consideram *ora dirigida contra o auctor ora contra o reo* ou juntamente contra ambos ⁽²⁾. Quando terceiro tem ingresso na causa para excluir um só dos dous

litigantes, é porque logicamente está do lado do outro; mas esse, como veremos adiante, é *assistente*.

(¹) *Oppositio*, disse Pegas, tom. 15 ad Ord. III, 20 n. 57, *est instar libelli: ergo in illo eodem modo procedendum*. E' justamente o que se lê na Ord. L. 3.º tit. 20 § 31: "E porquanto a opposição he como libello, ácerca della se terá (quando com ella se viver) o mesmo modo de proceder, que se tem no libello."

Eis porque, no § anterior, dissemos que o oppoente assume, contra os dous litigantes, a posição de *auctor*.

(²) Assim Pereira e Souza, § CLIV: *Opposição é o libello que um terceiro forma em Juizo contra o Auctor, ou contra o Reo, ou juntamente contra ambos*.

Como bem pondera Moraes Carvalho, not. 197, também não é exacto que a *oposição* seja o *libello*, pois este é a parte inicial da *oposição*, que comprehende um processo inteiro. E quanto a se dizer que a opposição se pode formar *ou contra o auctor ou contra o reo*, contra isso não só protesta a propria natureza deste instituto como até as palavras da Ord. Liv. 3.º tit. 20 § 31.

Eis aqui:

"E vindo o oppoente com seus artigos de opposição a excluir assim ao auctor, como ao réo, dizendo que a cousa demandada lhe pertence, e não a cada uma das ditas partes ..."

Todas as idéas até aqui expostas se compendiam na seguinte passagem de Mello Freire, IV, VIII, V: *OPPONENS liti adcedit, et adjungitur utriusque litigatoris excludendi, non adjuvandi gratia; verus igitur actor est*.

Eis porque assim redigimos o art. 764 do cit. *Projecto*: "Quem pretender algum direito que simultaneamente exclua a intenção do auctor e do reo, virá com os seus artigos de opposição."

§ 307

Processo da opposição

Tendo de vir a juizo o oppoente, começará requerendo vista dos autos para produzir os seus ar-

tigos de opposição, independentemente de citação das partes ⁽¹⁾.

Mas como aquelle requerimento pode ser feito antes ou depois de se haver assignado a dilação probatoria da acção ajuizada, o processo da opposição respectivamente varia.

Si o oppoente vem antes de assignada a dilação das provas, corre a opposição nos mesmos autos e simultaneamente com a acção. Deferido o pedido de vista dos autos, somente depois da treplica da acção será aberto o respectivo termo, o qual é de cinco dias ⁽²⁾.

Prodúzidos os artigos, ou, o que é o mesmo, o libello do oppoente, seguem-se os mesmos termos do processo ordinario acima referidos ⁽³⁾.

Afinal arrazoa em primeiro logar o oppoente, e depois e successivamente o auctor e o reo, e a acção e a opposição são julgadas pela mesma sentença ⁽⁴⁾.

Si o oppoente vem depois de assignada a dilação probatoria da causa, é a opposição tratada em processo separado, sem prejuizo da causa principal ⁽⁵⁾.

Sendo muitos os oppoentes, o que appareceu por ultimo arrazoará em primeiro logar, e depois o penultimo, e assim os mais, arrazando depois o auctor e o reo ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Reg. n. 737 de 1850, art. 120.

A dispensa da citação das partes foi introduzida pelo Reg. Com.; no antigo processo civil disputavam os praxistas si tal diligencia era ou não essencial. Pereira e Souza, not. 346, sustentava a desnecessidade da citação, *pois que as partes já se achavam em juizo*. Conc. Pegas, *de interd. possess.* n. 78. Silva *ad Ord.* III, 20, 31 n. 22. Entretanto Lobão, áquella not. de Souza, n. 2, dizia não ser aquella opinião segura, e ter visto arestos em contrario.

A razão de Pereira e Souza sempre se nos afigurou irrefutavel. Felizmente a applicação geral do Reg. n. 737 cortou pela raiz tão futil controversia.

⁽²⁾ cit. Reg., art. 120.

⁽³⁾ *id.*, art. 121.

Neste artigo 121 se contem um erro de processo, tão evidente, que só a lapso de copia ou de impressão pode ser atribuído.

Diz-se alli que — proposta a opposição, se assignarão ao auctor e reo por seu turno para contestarem e *replicarem*, e ao oppoente para *treplicar*, os mesmos termos do processo ordinario.

Não pode ser: onde se lê *replicarem*, deve ser *treplicarem*, e onde está *treplicar* leia-se *replicar*. O auctor e o reo na causa passam a ser os reos na opposição, e o reo não replica, mas treplica; o oppoente é auctor, e este replica, mas não treplica.

⁽⁴⁾ cit. Reg., art. 122.

⁽⁵⁾ *id.*, art. 119.

Neste caso se deve proceder nos termos da Ord. L. 3.º tit. 20 § 31; nem a isso se oppõe este art. 119 do Reg. Com. Autuados em apartado os artigos de opposição, e continuada a acção principal, mais natural e logico é que se aguarde o julgamento da mesma acção, para depois sómente contra o vencedor proseguir a opposição até final. Não sendo possível, nesta hypothese, que uma só sentença resolva a acção e a opposição, para que proseguir nesta antes de decidida aquella?

Eis porque bem dispunha aquella Ord.: “E a opposição correrá em feito apartado, e depois que o primeiro feito fôr findo, se proseguirá o feito da opposição contra o vencedor.”

§ 308

Força extensiva da opposição

A logica do direito está indicando que, sendo a opposição um direito em acção, deve ser tão extensivamente permittida quanto é livre o uso das acções em geral. Desde que qualquer violação, consummada ou imminente, de uma relação de direito, põe desde

logo o mesmo direito em estado de reacção, patente na defesa judicial; e sendo certo que o exercicio desta defesa não deve encontrar outras barreiras alem das que lhe traçar a logica do direito, que é puramente um ramo da logica em geral — sistema de meios naturalmente tendentes a um fim harmonico — ao oppoente deve ser licito allegar tudo quanto possa logicamente tender á affirmação do seu direito, qualquer que seja a posição dos litigantes, qualquer que seja o conteúdo das suas pretenções. Acção contra acção: si esta dependeu da liberdade do auctor, no uso daquella não deve menos livre ser o oppoente. E si em geral a defesa é a acção do reo contra a do auctor, e no respectivo uso a liberdade do reo só se restringe pelas imposições da coherencia, que é a feição primordial da logica, tão livre quanto elle é no contradictar a acção deve ser o oppoente no excluir a defesa.

Podemos, portanto, assentar a these:

— A opposição pode conter a affirmação de qualquer direito ou facto tendente a excluir cumulativamente a intenção do auctor e a do reo.

Tinhamos necessidade de affirmar cathegoricamente esta these porque a doutrina, que ligeiramente refutámos na not. 1.^a ao § 24 (¹), segundo a qual não é licito ao reo se defender com a excepção de dominio contra a acção de esbulho, e isto porque *spoliatus ante omnia restituendus*, é por alguns escriptores applicada tambem á opposição.

Entretanto, si aquella primeira doutrina é falsa quando considerada em absoluto, a ultima o é em qualquer hypothese.

A primeira é inapplicavel ao caso em que o dominio se mostra *evidentemente* pertencer ao réo (²); e quanto á opposição fundada no dominio, essa tem sempre logar qualquer que seja a vestidura com

que se produza a respectiva allegação — seja ou não seja elle evidente ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Vj. 1.º vol. pag. 121.

⁽²⁾ Não se contesta que a lei litteralmente repelle esta excepção.

Eis aqui as suas mais frisantes passagens:

“O esbulhado antes de outra cousa é restituído á sua posse, de que foi esbulhado.” Ord. III, 40, 2.

“Nem será o que esbulhou relevado da dita restituição, ainda que diga que a cousa esbulhada é sua, e tem em ella propriedade, ou qualquer outro direito.” Ord. IH, 78, 3 *i.f.*

“E posto que allegue que é senhor da cousa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constringido restituil-a ao que a possuía, e perca todo o direito que nella tinha pelo fazer por sua propria força, e sem autoridade de justiça.” Ord. IV, 58, pr.

“Porem sem embargo de o assi provar (que a coisa é sua para se livrar da referida pena), será o esbulhado restituído á sua posse. E sendo restituído, poderão litigar *ordinariamente* sobre a propriedade.” cit. Ord. § 1.º

Não ha duvida: *nihil clarior est*.

Entretanto, as leis não têm somente a lettra, com que se vestem, sinão tambem, e principalmente, o espirito de que se animam. Que dizia a lettra das transcriptas Ordenações? *O esbulhador não será relevado da restituição ainda que DIGA que a coisa é sua... E posto que ALLEGUE que è senhor della...* Até aqui a lei fallava em *dizer, allegar*: a excepção, em que se figura *evidencia* do dominio, estava, portanto, fóra da prohibição legal.

Mas disse mais o cit. § 1.º: —Porem sem embargo de o assim *provar*.... Destas palavras estaria irremissivelmente excluida tambem aquella excepção? Aquella *prova* alludia ao sentido subjectivo da evidencia? ou se referia antes á producção de algum dos meios tendentes á affirmacção objectiva do direito allegado? Alludir á *prova* neste ultimo sentido não será por isso mesmo excluir a hypothese da *evidencia*, pois que o evidente não se prova?

Temos para nós que aquella prohibição não se extendia ao caso em que evidente fosse o dominio.

Nihil habet commune proprietas cum possessione — spoliatus

ante omnia restituendus — tudo isto está na economia do direito possessorio; tudo isto é exacto, mas enquanto a posse se apresenta simplesmente como exteriorisação do dominio pretendido pelo esbulhado. A discussão acerca do dominio que o esbulhador *pretendesse ter* sobre o predio litigioso, não poderia suspender os effeitos immediatos da posse do esbulhado sem que por completo se derrocasse o systema possessorio. A presumpção ou maior probabilidade do dominio está sem duvida do lado do possuidor — eis um postulado juridico. E é por isso que, na licção de Zavateri, *L'Ordinam. giudiz. e la giurisd. civile*, pag. 207: “si a acção de manutenção se funda sobre *uma presumpção de propriedade*, a logica requer, que emtanto seja adjudicado o direito a quem o tenha externamente manifestado, isto é, a quem possue.”

“No juizo possessorio, diz Mattirollo, não é dado ás partes levantar e tratar a questão de propriedade; nem o juiz do possessorio pode conhecer dos titulos relativos ao direito exercitado. Deve se limitar a examinar si concorrem as condições prescriptas para a existencia da acção possessoria intentada, sem se preocupar das *maiores ou menores probabilidades* da posterior decisão no juizo petitorio” — *Istit.*, I n. 213.

Mas qual é a nossa hypothese? Não é a de propriedade apenas *presumida*, nem de *probabilidades* de decisão posterior affirmativa de dominio, sinão a de dominio *evidente*, isto é, *manifestamente certo e irrecusavel*.

Neste caso não seria mera superstição, daquellas que, na phrase do jurisconsulto romano, *amputari decernimus*, manter a posse em favor de quem evidentemente não fosse proprietario? *Excusat solemnitem*, disse Vallasco, *quando per evidentiam constaret veritatem*.

Pois bem: estas conclusões, que a simples logica está justificando, explicitamente as consignou o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, que sem duvida possivel derogou aquellas Ordenações, si com effeito têm ellas o rigoroso sentido que só da sua lettra pretendem deduzir.

O muito conhecido Alv. de 9 de Novembro de 1754 dispuzera que a posse civil dos bens vinculados passaria ao filho e neto e na falta destes, ao irmão e sobrinho do *de cujus*. Entrando então em duvida, si em vista daquellas palavras *ao filho e neto, e na falta destes, ao irmão e sobrinho*,

teria o Alv. excluído o *bisneto*, veio o citado Assento e declarou que aquellas pessoas estão ali declaradas exemplificativa mas não taxativa ou restrictivamente, pois que na linha recta descendente não se pode deixar de comprehender o bisneto e os mais seguintes, os quaes são *indubitavelmente* chamados á successão; que pela mesma razão e força de comprehensão na linha collateral se deve estender a disposição da lei, alem do irmão e sobrinho, ao parente *notoriamente* mais proximo — “porque esta foi a intenção do legislador em designar as referidas pessoas do irmão e sobrinho, deduzida do espirito e mente da Lei, que quer, que a POSSE PASSE PARA AQUELLE QUE TIVER UM VEROSIMIL E MAIS PROVAVEL DIREITO Á PROPRIEDADE... e nesta precisa e justa consideração, havendo um parente proximo, EM QUE SE VERIFIQUE, SEM DEPENDENCIA DE MAIOR DISCUSSÃO, A CERTEZA E PREFERENCIA INDUBITAVEL DESTE DIREITO, se deve julgar transmissivel a posse, ATÉ PARA SE NÃO SEGUIR O VISIVEL ABSURDO DE SE JULGAR NOS INTERDICTOS RESTITUTORIOS E NOS OUTROS CASOS OCCURRENTES NO FORO, A REFERIDA POSSE ÁQUELLE MESMO, A QUE PELO PROCESSO E EVIDENCIA NOTORIA DOS AUTOS, SE DEPREHENDE NÃO LHE DEVER SER JULGADA A PROPRIEDADE.

Ora eis ahi: tambem agora *nihil clarior est*.

Porque se haverá unicamente de vêr naquelle Assento, como pretende Lafayette (*Dir. das Cousas*, § 21 not. II), uma regra especial sobre uma posse excepcional, e não uma regra commum de direito? Pois aquellas palavras *nos interdictos restitutorios e nos outros casos occurrentes no fôro*, poderão acaso se referir unicamente á posse de que trata o Alv. de 9 de Novembro de 1754? Pois aquelles adverbios *indubitavelmente, notoriamente...* aquella phrase *em que se verifique, sem dependencia de maior discussão...* aquella *visivel absurdo...* aquella *evidencia notoria dos autos...* tudo isto não está trahindo a concepção de um systema em que o direito se apura pela simplificação da logica? em que a justiça se patenteia mais prompta, e portanto, mais correcta?

No puro direito romano, como se resolveria a questão? Pensamos que a solução não seria differente.

Effectivamente, *si incerti juris non est, orta proprietatis, et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus: ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo qui de possessione*

victus est, exigantur — const. 3.^a de interd. (VIII, I); si realmente prescrevia o Código que *priùs de possessione judicetur ac TUNC demum de proprietatis causa decidatur* — const. 13 de reivind. (III, 32); si Ulpiano fez certo que *exitus controvertiæ possessiones, hic est tantum ut PRIÙS pronuntiet judex, uter possideat: ita enim fiet, ut is qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur et TUNC de dominio quæeratur* — fr. 35 de adq. vel am. poss. (XLI, 2) — não só destes textos fica de todo afastada a nossa hypothese, pois que elles alludem a controversia sobre a propriedade, e, portanto, não cogitam da hypothese em que o dominio seja *evidentemente* do réo, como de sua combinação com outros se tira argumento positivamente directo em sustentação de nossa these.

Assim é, que a const. 10 de jud. (III, I) firma uma regra geral, só por si bastante para servir de fundamento á these que estamos defendendo. Questões connexas não podem ser destacadas para ser cada qual ouvida em juizo differente: a questão inteira deve ser debatida perante um unico *judicium*. Mas na *continentia causæ* fazem varios textos se enquadrar a *controversia possessiones* e a *causa proprietatis* — questões estas que *ab eodem judice judicantur*. A *controversia possessiones* não era sinão um ponto incidental da *revindicatio*; e o que o era se deduz daquella mesma const. 13 de *rei revindicatio*: o mesmo juiz conhece *primeiro* da posse e *depois* da propriedade. Os proprios escriptores que combatem a nossa these, não podem contestar esta verdade; v. g.: Castellari, *Pand. Glück*, XI, p. 227, diz expressamente: “la *controversia possessionis* deve essere giudicata *ab eodem judice*, presso *cui quæstio domini disceptatur*.”

Mas então, como suppôr que o juiz, conhecendo da posse para em seguida conhecer da propriedade, deixasse de se pronunciar desde logo sobre esta si, no debate sobre aquella, a propriedade se patenteasse evidentemente? Affirmal-o, seria admitir que o possessorio pudesse prejudicar o petitorio, o que ninguém sustenta.

Pois é por todas estas considerações que Fabro (Codex, lib. VIII tit. IV def. 3) attesta que no Juizo possessorio *annuale* só se adjudicava a posse áquelle *qui potiora in petitorio jura habet*. E Mattiolo, que aliás é dos nossos adversarios, tanto sentiu o peso dest argumento que chegou a dizer: *Era questo un sistema razionale, perocchè, se l'azione*

di manutenzione si fonda sopra una presunzione di proprietà, la logica richiede, che intanto, venga il diritto aggiudicato a quegli che offre le migliori prove di esserne il titolare.

Mas por ventura a razão e a logica se alteraram? Não; o que a logica requeria naquella epoca e naquella hypothese requer hoje e nos casos analogos, *ou outros occurrentes no fôro*, na phrase do nosso Ass. de 1786. *Visivel absurdo* seguir-se-ia da doutrina contraria.

E pois, nas acções de força é licita a defesa fundada no dominio sempre que este fôr evidente.

Cone. Lobão, *Interd.* § 234 e Teixeira de Freitas, *Consol.* art. 818 e nt.

Mas que razão haverá para que a mesma doutrina não se applique na *oposição* ?

E' certo que a Ord. IV, 54 § 4.º manda que a coisa immovel emprestada, arrendada ou alugada seja primeiro entregue a quem a emprestou, arrendou ou alugou si terceiro vem dizendo ser sua. *E depois que lhe fôr entregue, lh'a poderá demandar esse terceiro.* Mas expressas tambem eram as Ordenações quanto ao reo, e vimos que o Ass. de 1786 as revogou no caso em que, da applicação material da letra da lei, se seguisse o visivel absurdo de se julgar a posse em favor de quem evidentemente não devesse ser julgada a propriedade.

Portanto, sempre que o oppoente trazer a prova evidente de seu dominio, deve ser admittido mesmo contra a acção de força espoliativa.

E tal é a licção de Lobão, *Seg. Linh.*, Nt. 347 n. 3 (1.º vol. pag. 300); de Gomes, *Man. Prat.*, P. I.^a cap XXXVI n. 4; de Pegas *For.* cap. XI n. 215, *ubi cum multis*. E Pegas accrescenta — *et secundum eam opinionem sæpe in Senatu judicavimus.*

(²) Mas dissemos no texto que a admissibilidade da opposição de dominio contra as acções possessorias não depende da vestidura com que ella se apresentar em juizo — que seja ou não evidente o dominio, deve a opposição ser admittida.

Temos duas razões para assim opinar.

A primeira é, que sendo um dos motivos porque em principio não se admitte ao reo de esbulho a *exceptio dominii* a consideração politica de se dever punir primeiro o proprio esbulhador (tal é a doutrina de Savigny, para quem a turbação da posse é um *delicto* perpetrado contra o possuidor),

esse motivo, quando mesmo fosse verdadeiro na theoria romana da posse, seria extranho á *opposição*. Que tem que vêr o dono da coisa demandada com o esbulho de que, contra o reo, se queixa o auctor?

A outra é, que nem uma só linha se encontra no Reg. n. 737 de 1850 que se pareça com a citada disposição da Ord. Liv. 4 tit. 54 § 3º; e como se trata de ampliar a applicação de lei mais liberal ou favoravel, tem sem duvida plena sancção da hermeneutica juridica o considerar por completo revogada a Ord. pelo Reg. Com.

De resto, cerebrina era a regra daquella Ord., pois que só a prescrevia para o caso em que fosse de raiz a coisa emprestada, arrendada ou alugada; quando fosse movel, o terceiro oppoente *era ouvido, summariamente, e sem estrepito, nem figura de juizo*. Porque esta differença? Ou a razão prohibitiva da excepção de dominio era scientifica, e então tanto devia valer a posse de immovel como de movel, ou esta distincção possessoria vinha demonstrar que aquella prohibição não era logica.

Mas que o não era já nos disse Pegas, attestando que o senado muitas vezes julgára contra a letra da Ordenação.

CAPITULO IV

Da Assistencia

§ 309

O que seja o ASSISTENTE

A variabilidade das circumstancias que podem cercar as relações de direito ainda não pára nas figuras que; delineámos no § 305.

Si contraria á pretensão do auctor e á do reo pode se levantar a de terceiro, que oppondo a cada uma dellas direito seu, exclue cumulativamente a acção e a defesa, não raro acontece que tal opposição se dirija contra uma daquellas duas preterições unica-

mente, porque o interesse do oppoente tenha linhas de afinidade com a outra. V. g.: contra o herdeiro escripto intentam os herdeiros legitimos de X acção de nullidade do testamento com que aquelle se finou — os respectivos legatarios têm directo interesse na acção, e nella podem intervir para fazer causa commum com o reo na defesa do testamento. Primus, credor de Secundus, intenta acção rescisoria da venda que este celebrou com Tertius em fraude de seu credito — quaesquer outros credores de Secundus podem vir tomar parte na acção em auxilio de Primus, visto o interesse que os prende á massa dos bens do devedor commum.

Esta intervenção de terceiro para excluir a pretensão do auctor ou a do réo, ligando o proprio interesse ao do réo ou ao do auctor, e fazendo, portanto, com este ou com aquelle, causa commum, contra o outro, é o que se chama *assistencia*.

Assistente, portanto, como correctamente se diz no art. 123 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, é *aquelle que intervem no processo para defender o seu direito juntamente com o do auctor ou o do réo* ⁽¹⁾.

E porque, conforme o que ficou dito no § 19 nt. I.^a ⁽²⁾, para que as simples pretensões de direito sejam tuteladas pelo poder judiciario, basta que estas se apresentem sob a apparencia de um interesse legitimo, tambem basta que o assistente *allegue o interesse apparente que tem na causa* ⁽³⁾.

⁽¹⁾ — *E vindo alguma parte assistir ao auctor ou ao reo...* assim dizia a Ord. Liv. 3.^o tit. 20 § 32.

— *Adsistens*, disse Mello Freire (IV, VIII, IV), *qui et suam, et alienam causam defendit, qui judicio adcredit actoris, vel rei adjuvandi gratia*.

⁽²⁾ vol. I.^o pag. 95.

⁽³⁾ São palavras do art. 124 do Reg. n. 737 de 1850.

E para exemplos, figura o mesmo art. 124 o fiador, o socio, o condomino de coisa indivisa, o vendedor de coisa demandada. E Mello Freire: o filho na causa do pai, o senhorio directo na causa emphyteutica, etc. etc.

§ 310 e ultimo

Como se processa

Logo que prove o interesse que tem na causa, será o assistente admittido aos termos em que a causa estiver, devendo offerecer os seus articulados, provas e allegações ao mesmo tempo que a parte principal a quem estiver assistindo ⁽¹⁾.

Mas o interesse do assistente não pode ter intensidade juridica bastante que modifique em coisa alguma os direitos dos litigantes; de modo que estes podem livremente confessar ou desistir, ou praticar qualquer acto que aliás não convenha ao assistente. Em qualquer destes casos, cessa a intervenção ⁽²⁾.

E ainda porque o assistente não tem outra acção ou faculdade sinão a de se acostar á parte a quem assiste, recebendo o juizo tal qual se formou entre os litigantes, segue-se que não pode declinar do fôro nem vir com suspeição contra o juiz ⁽³⁾.

⁽¹⁾ — O assistente, diz o art. 125 do Reg. n. 737 de 1850, pode vir a juizo antes ou depois da sentença; mas em qualquer caso recebe o feito no estado em que estiver, e falia conjunctamente com a parte a quem assiste.

— E na assistencia, dizia o § 32 da Ord. L. 3.º tit. 20, se procederá na forma de nossas Ordenações e Direito.

No nosso texto, reproducção do art. 774 do cit *Projecto*, estão condensados todos os termos do presente processo.

⁽²⁾ cit. *Projecto*, art. 775.

⁽³⁾ Reg. n. 737 de 1856, art. 126.

FIM.

INDICE

PARTE ESPECIAL

Do Processo Ordinario

TITULO I

Formulas geraes do Processo

(CONTINUAÇÃO)

CAPITULO VII

Das Allegações finaes

§ 184.—Razão de ordem	Pag.	7
§ 185.—Definição.....	»	8
§ 186.—Feição scientifica das <i>razões finaes</i>	»	9
§ 187.—Feição formal das razões finaes	»	14

CAPITULO VIII

Da Sentença

SECÇÃO PRELIMINAR

Da Conclusão

§ 188.—O que seja; seus effeitos	Pag.	18
--	------	----

ARTIGO I

Noções geraes da sentença

§ 189.—Delimitação do assumpto	Pag.	21
§ 190.—Definição.....	»	28
§ 191.—Elementos da sentença	»	29
§ 192.—1.º) Relatorio do feito.....	»	30
§ 193.—2.º) Motivos da decisão	»	32
§ 194.—3.º) Dispositivo da sentença	»	37
§ 195.—Requisitos formaes da sentença	»	38
§ 196.—Publicação e intimação da sentença	»	42

ARTIGO II

Effeitos da sentença

§ 197.—Quaes são esses effeitos.....	Pag.	44
--------------------------------------	------	----

II

CAPITULO IX

Dos Recursos

ARTIGO I

Noções geraes

§ 198.—Determinação especifica do vocabulo <i>recurso</i>	Pag. 53
§ 199.—Linhas philosophicas do systema dos recursos..... »	55
§ 200.—Escorço historico do systema dos recursos »	66

ARTIGO II

Especies de recurso

§ 201.—Noticia geral.....	Pag. 77
---------------------------	---------

SECÇÃO I

Embargos á sentença

§ 202.—Definição.....	Pag. 79
§ 203.—Feição historica e doutrinaria dos embargos á sentença »	80
§ 204.—Casos, natureza e especies deste recurso..... »	85
§ 205.—Segundos embargos..... »	88
§ 206.—Processo dos embargos..... »	90

SECÇÃO II

Do Aggravo

§ 207.— Definição.....	Pag. 93
§ 208.—Noticia historica do recurso de aggravo..... »	95
§ 209.—Especies de aggravo..... »	100

SUB-SECÇÃO I

Do aggravo de petição e do de instrumento

§ 210.—O que sejam.....	Pag. 101
§ 211.—Casos em que são admittidos..... »	103

SUB-SECÇÃO II

Do aggravo no auto do processo

§ 212.—O que seja.....	Pag. 118
§ 213.—Casos em que tem logar..... »	121

III

SUB-SECÇÃO III

Do processo dos agravos

§ 214.—A) Do agravo de petição.....	Pag. 122
§ 215.—B) Do agravo de instrumento	» 126
§ 216.—C) Do agravo no auto do processo	» 128

ARTIGO III

Da Carta testemunhavel

§ 217.— O que seja	Pag. 130
§ 218.— Do processo das cartas testemunhaveis	» 131

ARTIGO IV

Das appellações

§ 219.—Definição	Pag. 136
§ 220.— Synthese historica do recurso de appellação.....	» 138
§ 221.—Especies de appellação.....	» 145
§ 222.—Das pessoas que podem e das que não podem appellar. »	147
§ 223.—Da interposição da appellação	» 150
§ 224.—Do recebimento da appellação	» 157
§ 225.—Do seguimento da appellação	» 163
§ 226.—Deserção da appellação	» 165
§ 227.—Processo da appellação na segunda instancia	» 178
§ 228.—Força extensiva da appellação	» 188

ARTIGO V

Dos embargos ao accordam

§ 229.—O que sejam	Pag. 199
§ 230.—Seu processo	» 203

ARTIGO VI

Da Revista

§ 231.—Definição.....	Pag. 205
§ 232.—Historia do recurso de revista	» 207
§ 233.—O que é hoje o recurso de revista	» 218
§ 234.—Processo do recurso de revista	» 234

CAPITULO X

Da Coisa julgada

§ 235.—Razão de ordem.....	Pag. 236
§ 236.—Funcção positiva da coisa julgada	» 237

IV

§ 237.—Função negativa da coisa julgada	Pag. 250
§ 238.—Excepção de <i>coisa julgada</i> . Condições de seu exercício. »	251
§ 239.—A) Sentença definitiva em matéria contenciosa. Das sentenças que produzem e das que não produzem <i>coisa julgada</i> »	253
§ 240.—B) Identidade das demandas. Razão de ordem »	256
§ 241.—a) Identidade de <i>coisa</i>	257
§ 242.—b) Identidade de <i>causa</i>	261
§ 243.—c) Identidade das <i>pessoas</i> »	265
§ 244.—Synthese dos três §§ anteriores	266
§ 245.—Da pretensa regra <i>res inter alios</i>	269
§ 246.—Si os motivos da sentença fazem <i>coisa julgada</i> ... »	272
§ 247.—Si a transacção é lícita <i>post rem judicatam</i>	274
§ 248.—Da influencia da coisa julgada no juízo criminal sobre o civil	275

CAPITULO XI

Da Execução

SECÇÃO PRELIMINAR

Theoria geral da execução

§ 249.—Conceito politico da execução forçada	Pag. 279
§ 250.—Conceito juridico da execução forçada..... »	283
§ 251.—Definição	287
§ 252.—Modos de executar a sentença	288
§ 253.—Momentos ou phases da execução. Razão de ordem.... »	290

ARTIGO I

Actos preliminares da execução

§ 254.—Razão de ordem	Pag. 291
§ 255.—Quem é o juiz da execução	» 292
§ 256.—A quem e contra quem compete a execução	» 293
§ 257.—a) Da carta de sentença	» 296
§ 258.—b) Citação para a execução	» 297
§ 259.—Do objecto da execução	» 298
§ 260.—c) Liquidação do credito exequendo. Noções geraes. »	301
§ 261.—Processo da liquidação	» 304

ARTIGO II

Actos propriamente da execução

§ 262.—a) Da Penhora. Definição	Pag. 305
§ 263.—Nomeação de bens á penhora	» 306
§ 264.—Mandado de penhora e sua execução	» 307
§ 265.—Dos bens impenhoráveis e dos que só relativamente podem ser penhorados	» 309
§ 266.—Do deposito dos bens penhorados	» 314
§ 267.—Da segunda penhora	» 313

V

§ 268.—b) Da avaliação. Idéa geral	Pag. 316
269.—Dos avaliadores ou louvados.....	» 318
270.—Da segunda avaliação	» 319
271.—c) Dos editaes de praça.....	» 320
272.—d) Da arrematação. Definição.....	» 321
273.—Das solemnidades essenciaes da arrematação.....	» 322
274.—Da remissão.....	» 326
275.—Das pessoas que podem e das que não podem lançar.....	» 327
276.—Efeitos da arrematação.....	» 329
277.—e) Da adjudicação. O que seja	» 330
278.—Seus requisitos.....	» 331

ARTIGO III

Dos incidentes da Execução

SECÇÃO I

Dos embargos do executado

§ 279.—Razão de ordem.....	Pag. 332
280.—Que embargos são admissíveis	» 333
281.—Quando devem ser opostos.....	» 340
282.—Como se processam.....	» 342
283.—Embargos de erro de conta	» 344
284.—Embargos de materia velha	» —

SECÇÃO II

Dos embargos de terceiro

§ 285.—O que sejam.....	Pag. 345
286.—Como se processam.....	» 347

SECÇÃO III

Do Concurso de preferencias

§ 287.—Noção geral.....	Pag. 348
§ 288.—Condições do concurso de preferencias.....	» 349
§ 289.—Processo do concurso	» 350
§ 290.—Da graduação dos credits.....	» 353

TITULO II

Dos incidentes dos processos em geral

CAPITULO I

Da Reconvenção

§ 291.—Noções geraes da compensação e da reconvenção	Pag. 357
--	----------

VI

§ 292.—O que é reconvenção	Pag. 364
293.—Seus característicos.....	» —
294.—Quem pode e contra quem se pode reconvir	» 366
295.—Causas que não admitem reconvenção	» 368
296.—Processo da reconvenção.....	» 369

CAPITULO II

Da Auctoria

§ 297.—Noção geral	Pag. 372
298.—O que seja auctoria	» 377
299.—Necessidade do chamamento á auctoria	» —
300.—Casos em que não cabe o chamamento á auctoria.....	» 384
301.—Quando se deve fazer o chamamento á auctoria.....	» 385
302.—A quem se deve chamar á auctoria	» 387
303.—Posição do chamado á auctoria	» 389
304.—Processo da auctoria.....	» 392

CAPITULO III

Da opposição

§ 305.—Noções geraes.....	Pag. 393
306.—Definição	» 396
307.—Processo da opposição.....	» 397
308.—força extensiva da opposição.....	» 399

CAPITULO IV

Da Assistência

§ 309.— O que seja o <i>assistente</i>	Pag. 406
§ 310.— Como se processa a assistencia	» 408

ERRATA

Pag.	Linh.	Erro	Emenda
62	5	mesmo	mesmos
70	8	decidiu	decidia
211	17-18	função	função
228	19	dicidir	decidir
230	15	da	das
289	ult.	aprehender	apprehender
290	I	aprehensão	apprehensão
375	27	privacção	privação
402	29	<i>decerminus</i>	<i>decernimus</i>
404	I	<i>exijantur</i>	<i>exigantur</i>